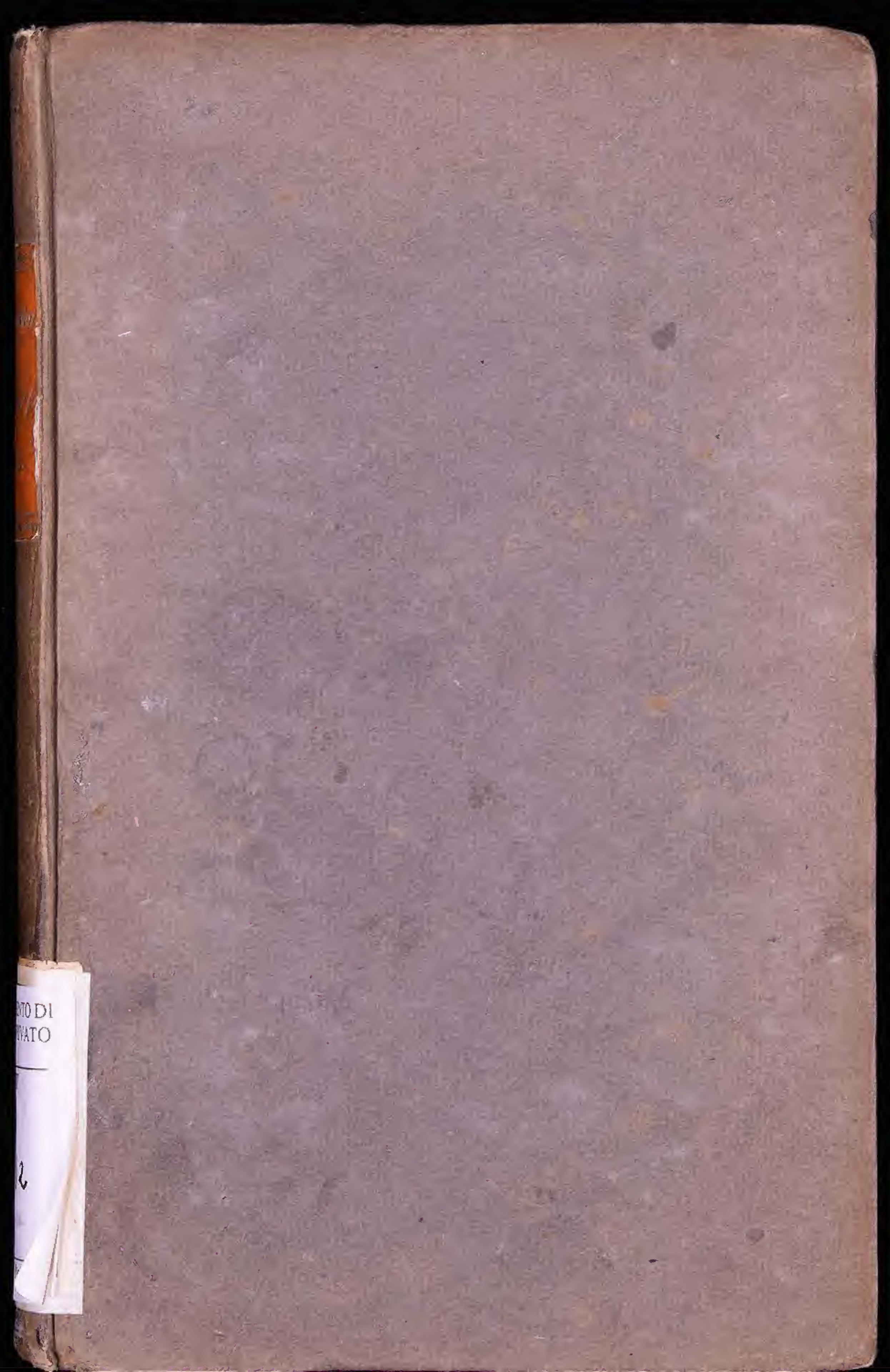
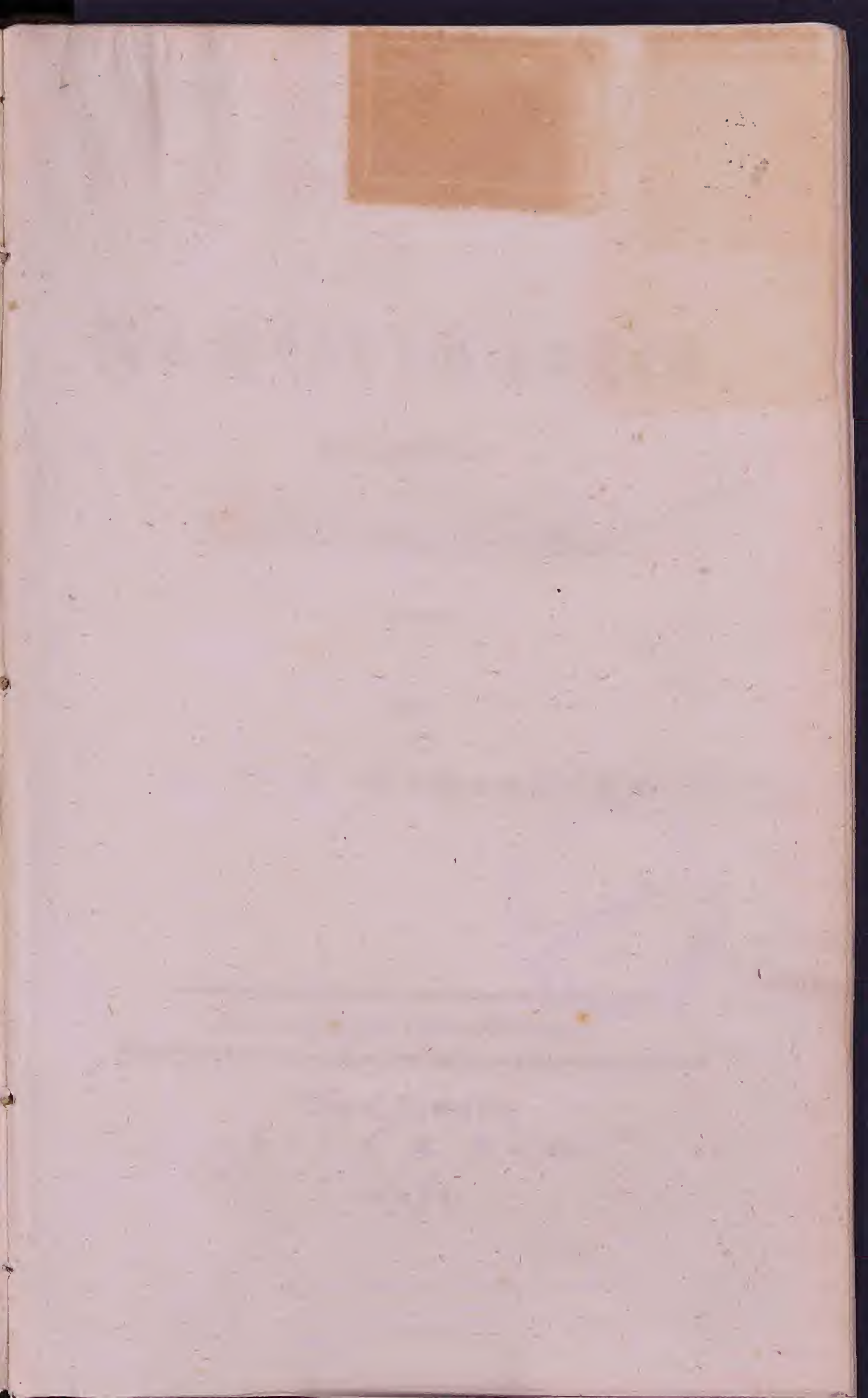

NTO DI
VATO





Ausbeute

von

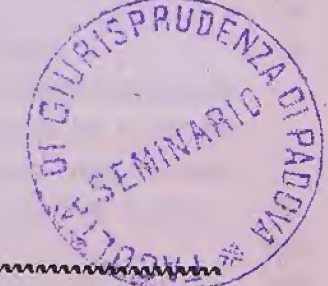
Nachforschungen

über verschiedene

Rechtsmaterien.

Von

Dr. F. C. Gesterding.



Vierten Theiles zweite Abtheilung.

Greifswald,
bei C. A. Koch.

1834.

Inhalt.

I.

Abhandlungen
aus
dem Pfandrechte.

(Die erste ward im August 1833, die letzte schon früher geschrieben.)

I.

Von der Verpfändung der Prädialservituten.

L. 11. §. 3. *D. de pign.*

Jura praediorum urbanorum pignori dari non possunt. Igitur nec convenire possunt, ut hypothecae sint. *L.* 12. *D. eod.* Sed an viae, itineris, actus, aquae ductus, pignoris conventio locum habeat, videndum esse Pomponius ait: ut talis pactio fiat, *ut, quamdiu pecunia soluta non sit, eis servitutibus creditor utatur*, scilicet si vicinum fundum habeat, et si intra diem certum pecunia soluta non sit, vendere eos vicino liceat: quae sententia propter utilitatem contrahentium admittenda est.

Zu den Objecten der Verpfändung werden bekanntlich auch die dinglichen Gerechtigkeiten (die servitutes rerum s. praediorum) gerechnet. Die gemeine Lehre der Rechtsgelehrten, welche sich auf jene beiden Stellen der Pandecten gründet, wovon die erste von Marcianus, die zweite von Paulus herrührt, habe ich bereits in meinem Werk vom Pfandrecht vorgetragen. Darnach kann eine bereits bestellte Gerechtigkeit ohne das Grundstück, dem sie zusteht, gar nicht

verpfändet werden, wohl aber kann eine ländliche Gerechtigkeit (eine servitus rustica), keine städtische (keine servitus urbana) zur Sicherheit einer Forderung in der Art bestellt werden, daß der Gläubiger sie, so lange er nicht befriedigt ist, ausüben und wenn er nicht zur rechten Zeit befriedigt wird, sie an den Besitzer eines benachbarten Grundstücks verkaufen kann.

Es ist etwas Sonderbares mit dieser Verpfändung der Gerechtigkeiten. Der Eigenthümer soll seinem Grundstück Lasten, und vielleicht sehr drückende, aufbürden, womit Jeder sich gerne verschont sieht, bloß damit er einem Andern, den er um Hülfe angesprochen, Sicherheit dafür bieten könne, daß er bei ihm nicht zu kurz kommen werde. Und welche Sicherheit? Er bietet Rechte an, die vielleicht für den keinen Werth haben, dem sie angeboten werden, und die ihm überhaupt nur auf eine vorübergehende Art zustehen sollen, die er haben und dann wieder nicht haben soll, die er zwar auch, wenn er nicht zur rechten Zeit befriedigt wird, verkaufen kann, aber nur an den Besitzer eines benachbarten Grundstücks, der ihrer vielleicht eben so wenig benöthigt ist, oder sie doch nicht kaufen oder nicht so viel dafür geben will, als sie werth sind. Auf welchen kleinen Kreis von Personen ist der Schuldner beschränkt, denen er diese Art von Sicherheit anbieten kann, und der Gläubiger auf welchen kleinen Kreis von Kaufliebhabern! Es müssen sonderbare Umstände zusammentreffen, wenn besonders der Gläubiger auf diese Art von Verpfändung eingehen soll. Indessen, möglich wäre es freilich, daß Jemand auf den Gedanken käme, sich eine Gerechtigkeit auf dem Grundstück des Nachbarn verpfänden zu lassen. Z. B. er hätte schon lange nach dieser Gerechtigkeit getrachtet, der Nachbar aber sie ihm nicht

einräumen wollen; jetzt, da dieser ihn um ein Darlehn anspräche, benutzte er die Verlegenheit desselben, um zum Ziel zu gelangen, indem er ihm den Vorschlag machte, er möge ihm einstweilen bis zur Wiedererstattung des Geldes diese Gerechtigkeit zu seiner Sicherheit einräumen, wobei er im Stillen die Hoffnung hegte, sie auf diese Art, entweder geradezu oder auf einem Umwege, in der Folge für immer zu erwerben. Und da wenigstens die römischen Rechtsgelehrten diese Saite nun einmal berührt und die Verpfändung der Gerechtigkeiten für zulässig erklärt haben, so laßt uns sehen, ob und wie weit sie mit sonstigen Grundsätzen des römischen Rechts vereinbarlich sey. Vielleicht werden wir dabei genöthigt seyn, was die römischen Rechtsgelehrten nur in leichten Umrissen angegeben haben, in ihrem Geist weiter auszuführen.

Es ist aber noch gar so ausgemacht nicht, daß Servituten überhaupt verpfändet werden können und, wenn sie verpfändet werden können, daß unter ländlichen und städtischen Gerechtigkeiten zu unterscheiden sey. Das Erstere hat Majansius [1]), das Letztere außer ihm und vor ihm Franciscus Balduinus [2]) bezweifelt. Ihre Zweifel und was dagegen zu bemerken ist und zur Aufrechthaltung der gemeinen Meinung dienen kann, will ich hier vortragen. Was ich über diese Materie sagen werde, wird mehr dazu dienen, die gemeine Lehre aufrecht zu erhalten, als umzustoßen — und ich thue das Eine so gerne, wie das Andere, indem es mir nur darum zu thun ist, der Wahrheit den Sieg zu

---

[1]) *Majansius* de servitutibus non oppignorandis §. 7 et 8. (disput. juris tom. I. p. 77.)

[2]) *Balduin.* de pign. cap. 12. (*Heineccii* jurispr. rom. et attica tom. I. p. 284.)

verschaffen, nämlich, sie entweder in ihre Rechte einzusetzen, wenn man sie verkannt hat, oder, sie gegen Angriffe zu vertheidigen, wenn dergleichen ohne Grund auf sie gemacht werden. — Für die Anwendung kann ich dießmal keine Ausbeute, oder nur eine geringe, versprechen. Indessen hat es schon an sich seinen Werth, wenn allgemeine Wahrheiten des römischen Rechts aufgesucht oder ins Licht gestellt werden; der Nutzen davon wird nicht ausbleiben, wenn nicht hier, doch in anderen Fällen, sollte er auch nicht auf der Stelle nachgewiesen werden können. Und hätte diese Untersuchung auch sonst gar keinen Werth, nun, so mag sie als eine Uebung des Verstandes ihren Werth behaupten.

Majansius also lehrt: Gerechtigkeiten könnten gar nicht verpfändet werden, die ländlichen eben so wenig, wie die städtischen. Die jura praediorum könnten aus einem doppelten Gesichtspunkt betrachtet werden, nämlich insofern sie im Eigenthum enthalten und insofern sie davon getrennt sind. Das Recht, was der Eigenthümer an seinem Grundstück habe, sey ein jus absolutum; er könne es einem Anderen precario einräumen [3]), könne es verkaufen [4]) und mithin auch verpfänden. Dieß sey aber keine servitus; sie werde nur uneigentlich so genannt, entweder in Hinsicht auf die Zukunft und *per anticipationem* oder weil das Recht, was der Gläubiger dadurch erlangt, mit einer servitus Aehnlichkeit habe. Ein Vertrag der Art, wie ihn Paulus in den Worten angibt:

> ut, quamdiu pecunia soluta non sit, eis servitutibus creditor utatur,

---

[3]) L. 3. L. 15. §. 2. de precario.

[4]) L. 3. §. 2. L. 6. §. 5. D. de act. emt. et vend.

sey auch gar nicht tauglich zur Bestellung einer servitus. Kurz, es könne nur ein Recht, was der Eigenthümer an seinem Grundstück hat, nicht aber eine servitus verpfändet werden und bei jenem sey zwischen juribus praediorum rusticorum und urbanorum nicht zu unterscheiden.

Mir scheint die erste Unterscheidung verwerflich zu seyn; ob die zweite gemacht werden müsse, sehen wir hernach. Den Unterschied zwischen dem zu verpfändenden Recht an der eigenen Sache und der nicht zu verpfändenden Gerechtigkeit kann ich nicht für gegründet erkennen.

Ein anderes ist das Recht, was dem Eigenthümer zusteht, über sein Grundstück nach Gefallen zu verfügen und Andere davon auszuschließen, und ein anderes das Recht an einer fremden Sache, was einem Anderen zusteht und wodurch jenes Recht des Eigenthümers eingeschränkt wird. Jenes ist kein vom Eigenthum abgesondertes Recht, sondern das Eigenthum selbst oder die Art, wie es sich äußert. Indem der Schuldner sich gewisser Rechte begibt, wozu er als Eigenthümer berechtigt wäre oder dem Anderen Handlungen auf seinem Grundstück vorzunehmen erlaubt, die er ihm als Eigenthümer verwehren könnte, hat er kein bloßes Recht an der eigenen Sache verpfändet, sondern es ist eine Gerechtigkeit bestellt. Der Eigenthümer, welcher einem Anderen eine Gerechtigkeit auf seinem Grundstück einräumt, hat kein Object verpfändet, wovon man sagen könnte, es bleibe bei ihm, wie wenn er eine körperliche Sache verpfändet hätte oder eine ausstehende Forderung; er hat kein Recht verpfändet, was ihm zusteht und der Verpfändung ungeachtet fortdauert, sondern sich einer Beschränkung seiner Rechte, seines Eigenthums, unterworfen, und eben dadurch ist ein

Recht entstanden, was aber nicht ihm, sondern einem Anderen zusteht. Zur Bestellung einer Gerechtigkeit ist auch keine bestimmte Art von Vertrag erforderlich; jeder Vertrag ist dazu tauglich, der den Willen ausdrückt, daß dem Anderen ein Recht dieser Art zustehen soll [5]). Die Gerechtigkeit ist in diesem Fall zur Sicherheit einer Forderung bestellt oder m. a. W. verpfändet. Wie eine Gerechtigkeit z. B. verkauft werden kann, also kann sie auch verpfändet werden, nach der bekannten Regel, die Gajus an die Hand gibt: Quod emtionem venditionemque recipit, etiam pignorationem recipere potest [6]), und durch die Verpfändung kann zum Verkauf der Weg gebahnt werden. Sie ist zwar vor der Hand nur auf eine unbestimmte Zeit bestellt, aber deshalb ist sie nicht weniger bestellt. Ja, sie ist vorhanden und soll auch vorhanden seyn, nämlich ad tempus soll sie vorhanden seyn, so lange nämlich, bis die Schuld getilgt seyn wird, und wenn der Schuldner den Gläubiger nicht zur rechten Zeit befriedigen wird, soll der Letztere berechtigt seyn, sie zu verkaufen. Dieser Umstand beweist schon, daß wirklich eine Gerechtigkeit verpfändet sey; denn, damit der Gläubiger sie verkaufen könne, muß sie doch schon vorher vorhanden seyn. Auch das ist eine falsche Ansicht, daß hier nur ein Recht des Eigenthümers dem Gläubiger einstweilen eingeräumt sey, um es nach Art eines *pignoris antichretici* einstweilen zu benutzen. Das Recht, wo-

---

5) §. 4. J. de serv. *Westphal* de libertate et serv. praed. §. 821. Conventionum quovis genere, quod in foro agnoscitur, oriri potest servitus. Unde vel a stipulatione, vel emtione, aliove contractu nominato vel innominato pactove adjecto vel legitimo, aut reservatione potest initium capere.

6) L. 9. §. 1. D. de pign.

durch ein fremdes Eigenthum eingeschränkt wird, hat dem Eigenthümer niemals zugestanden, wiewohl nur er sich einer solchen Beschränkung unterwerfen und dadurch etwas von seinem Eigenthum aufopfern konnte, sondern es ist ein neu entstandenes Recht und der Gebrauch desselben gehört nothwendig zu dem verpfändeten Object, oder vielmehr, er macht gerade das verpfändete Object selbst aus. Denn, indem dem Gläubiger das Recht beigelegt ist, ein fremdes Grundstück zu benutzen, ist ihm nothwendig auch die Befugniß eingeräumt, von diesem Recht, welchen Namen es auch führen mag, Gebrauch zu machen. Der Gebrauch läßt sich hier von dem verpfändeten Object gar nicht trennen. Durch eine ohne den Gebrauch derselben bestellte servitus würde ein bloßer Scherz getrieben seyn; es würde in der Wirklichkeit keine Bestellung einer Gerechtigkeit (keine *constitutio* servitutis) und nicht einmal ein Versprechen einer solchen (keine *promissio* servitutis) — welches beides wohl zu unterscheiden ist und die Rechtsgelehrten wohl unterscheiden — vorhanden seyn.

Es ist hier also eine Gerechtigkeit bestellt — nicht bloß zur Ausübung überlassen — aber wohlgemerkt, eine unregelmäßige. Die Rechtsgelehrten finden es bloß auffallend, daß der Grundsatz: Servitus ad tempus constitui nequit, verletzt wird [7]). Allein dieser Grundsatz ist in

[7]) Der Grundsatz des römischen Rechts: Servitus ad tempus constitui nequit L. 4. D. de serv., ist die Folge eines andern, nämlich daß Prädialservituten causam perpetuam haben müssen. *Westphal* de libertate et servitutibus praediorum §. 800. nota 716. Dergleichen Servituten verschmähen überhaupt Bedingungen oder Zeitbestimmungen. Hier ist es aber sogleich, wo der Unterschied zwischen der Bestellung und dem Versprechen einer Gerechtigkeit in Betrachtung

dieser Sphäre der Bestellung einer Gerechtigkeit nicht im Wege; er kömmt hier überall nicht in Betrachtung, wie wir in der Folge sehen werden. Käme er aber in Betrachtung, so würde er die Möglichkeit der Verpfändung einer Gerechtigkeit geradezu aufheben. Auf allen Fall ist es dieß nicht allein; hier ist mehr als eine Unregelmäßigkeit vorhanden. Zuerst besteht das Anomalische schon darin, wie ich schon früher erwähnt habe, daß hier, wie beim ususfructus pignoris causa constituendus, nicht ein vorhandenes Recht ver-

---

kommt. Nämlich eine dergleichen Gerechtigkeit kann nur nicht unter Bedingung oder Zeitbestimmung bestellt, wohl aber versprochen werden. *Donell.* Com. jur. civ. lib. XI. cap. 10. lit. c. d. e. ibique *Hilliger, Brunnemann* ad L. 4. D. de serv. Westphal c. l. Denn während dergleichen Beschränkungen mit der Natur einer Gerechtigkeit in Widerspruch stehen, mit einem Vertrage, einem bloßen Versprechen sind sie sehr wohl vereinbarlich. Obgleich die Absicht der Contrahenten auf Entstehung einer Gerechtigkeit gerichtet ist, kommt sie nicht wirklich zu Stande; aber der Vertrag äußert unter den Contrahenten die Wirkung, die er in anderen Fällen auch hervorbringt. Wenn daher derjenige, zu dessen Besten die Gerechtigkeit gereichen sollte, dieselbe ausübt, er oder sein Erbe, und nun der Eigenthümer des Grundstücks, der ihm jenes Recht eingeräumt hat, um ihn daran zu hindern, klagend gegen ihn auftritt, so kann er sich mit einer Einrede (exceptio doli vel. pacti) gegen ihn schützen. So ist es ohne Zweifel zu verstehen, wenn es L. 4. pr. D. de serv. heißt: Unter Bedingung oder Zeitbestimmung können Servituten *ipso jure* nicht bestellt werden. Sed tamen si haec adjiciantur: *pacti vel per doli exceptionem occurretur contra placita servitutem vindicanti.* Daß hier eine Milderung des strengen Rechts, der Billigkeit wegen, durch den Prätor vorhanden sey, möchte ich nicht gerade mit Westphal behaupten; mir scheint Alles die natürliche Folge allgemeiner Grundsätze zu seyn, und daher würde auch ein dritter Besitzer des dienstbaren Grundstücks jene Einreden nicht zu fürchten haben.

pfändet, sondern durch die Verpfändung selbst das Recht, was Sicherheit gewähren soll, erst geschaffen wird. Dieß ist auch nicht die Bemerkung einer bloßen müssigen Speculation, sondern es ergibt sich daraus eine anwendbare Folge, die jeder auf der Stelle für richtig erkennen wird und die wiederum dazu dient, die Richtigkeit der Ansicht zu bestätigen. Nämlich ein Recht dieser Art kann niemals in der allgemeinen Verpfändung begriffen seyn, sondern schlechterdings nur durch besondere Willenserklärung und besondere Verpfändung entstehen. Es liegt nämlich in der allgemeinen Verpfändung bloß eine Verpfändung des Vermögens, des jetzigen und des künftigen, und aller zum Vermögen gehörigen einzelnen Stücke und namentlich auch aller dazu gehörigen Rechte; soll aber um der Verpfändung willen ein Recht entstehen, was außerdem nicht vorhanden seyn würde, so darf es an einer Willenserklärung nicht fehlen, wodurch dem Object erst das Daseyn, zugleich mit dem Pfandrecht, gegeben wird. Man kann z. B. nicht sagen, daß eine Gerechtigkeit durch die allgemeine Verpfändung mitverpfändet sey, weil der Schuldner sie hätte bestellen können, wenn er sie doch nicht wirklich bestellt hat. — Dasselbe würde dann auch vom ususfructus pignoris causa constituendus und überhaupt von allen Rechten gelten müssen, die zum Behuf der Verpfändung geschaffen werden. — Man sieht zugleich aufs Neue, wie unrichtig es sey, wenn man sich hier mit M a j a n s i u s ein Recht an der eigenen Sache, also ein schon vorhandenes, als verpfändet denkt. —

Eine andere Unregelmäßigkeit betrifft die Beschaffenheit des neu entstandenen Rechts.

Eine Gerechtigkeit, welche zur Sicherheit einer Forderung bestellt wird, kann nur eine p e r s ö n l i c h e seyn. Wie

dieselbe zur Bedeckung einer persönlichen Forderung dienen soll, kann sie auch nur der Person des Gläubigers, nicht aber seinem Grundstück beigelegt, es kann kein jus praedii oder quod praedio debetur, sondern nur ein jus personae seyn. Es ist ein bekannter Rechtssatz, daß eine Gerechtigkeit, die sonst zu den dinglichen gehört, auch bisweilen bloß einer Person beigelegt und auf diese Person beschränkt seyn kann [8]). In diesem Fall ist sie durch ihre Natur, da sie nämlich bloß einer Forderung zur Begleiterin mitgegeben wird, die dadurch gedeckt werden soll, auf die Person beschränkt, nämlich des Gläubigers und seines Erben, und die Voraussetzung ihrer Ausübung ist der Besitz eines benachbarten Grundstücks. Wäre in diesem Fall die verpfändete Gerechtigkeit eine dingliche, wobei das eine Grundstück dem andern dienstbar ist, so würde ja die Forderung und das Pfandrecht, die beide nur vereinigt existiren können und beide derselben Person zustehen müssen, unter zwei Subjecte, nämlich den Gläubiger und sein Grundstück, vertheilt seyn, was, wie Jeder sieht, nicht angeht. Gesetzt der Gläubiger verkaufte sein Grundstück, würde sie wohl mit diesem auf den neuen Erwerber übergehen? Gewiß nicht; und das müßte sie doch, wenn dieses Grundstück das herrschende, und also die Gerechtigkeit als eine demselben anklebende Eigenschaft, anzusehen wäre [9]). Für diese zweite Unregelmäßigkeit können wir nun die von den Rechtsgelehrten erwähnte aufgeben. Nämlich der Grundsatz: Servitus ad tempus constitui nequit, bezieht sich nur auf Prädialservituten, die es wirklich sind, nicht aber auf persönliche oder welche die Natur der persönlichen angenommen haben. Mit diesen ist jener Grund-

---

[8]) L. 4 pr. D. de serv. praed. rust. | [9]) L. 86. D. de V. S.

satz, welcher auf einem andern beruht, der ebenfalls nur auf Prädialservituten anwendbar ist, nämlich, daß Servituten causam perpetuam haben müssen, sehr wohl vereinbarlich.

Wenn nun gleich die zur Sicherheit einer Forderung bestellte Servitut für jetzt keine dingliche ist, so kann sie es doch in der Folge werden. So lange der Gläubiger von seinem jure distrahendi keinen Gebrauch macht, hat er eine auf seine Person beschränkte Gerechtigkeit; aber, wenn er sie verkauft, dann verwandelt sich die persönliche in eine dingliche, indem es, nach allgemeinen Grundsätzen des Pfandrechts, so anzusehen ist, als hätte der Eigenthümer selbst sie an den neuen Erwerber verkauft. Ein solcher Verkauf würde gar nicht möglich seyn, wenn die Gerechtigkeit eine dingliche wäre; sie könnte dann von dem Grundstück nicht getrennt werden und der Gläubiger würde, um zu seiner Befriedigung zu gelangen, genöthigt seyn, — sein Grundstück mit zu verkaufen, wobei dann für die Servitut ein besonderer Kaufpreis würde bedungen werden müssen. Es versteht sich von selbst, daß dieß nicht die Meinung des römischen Rechtsgelehrten, welcher die Verpfändung einer Servitut für zulässig erklärte, gewesen seyn kann; er meinte vielmehr, der Gläubiger solle die Servitus *ohne das Grundstück* verkaufen dürfen. Daß dieß seine Meinung gewesen sey, geht deutlich daraus hervor, daß *die Servitut*, — nicht das Grundstück, — an den Besitzer eines *benachbarten* Grundstücks verkauft werden soll. Sollte die Gerechtigkeit zugleich mit dem Grundstück verkauft werden, so hätte jeder Andere auch als Käufer zugelassen werden können.

Wir sehen aus dem Vorhergehenden, daß die Verpfändung der Gerechtigkeiten sich derjenigen des Nießbrauchs theils annähert, theils davon entfernt. Das Letztere beson-

ders dadurch, daß bei den verpfändeten Gerechtigkeiten ein jus distrahendi statt findet, nicht aber beim Nießbrauch, wie ich schon früher erwähnt habe. Es versteht sich aber, wenn ja der Fall vorkommen sollte, daß eine Prädialservitut verpfändet würde, daß es der Verabredung der Contrahenten überlassen werden muß, ob der Gläubiger die Gerechtigkeit, wovon die Rede ist, unentgeltlich ausüben oder ob der Werth derselben zu Gelde angeschlagen, baar bezahlt oder auf die Zinsen oder auf die Hauptschuld abgerechnet werden soll. Rechte dieser Art sind oft sehr wichtig und eben so lästig für den Besitzer des dienenden Grundstücks, wie sie für den Besitzer des benachbarten (herrschenden kann man dießmal nicht sagen) vortheilhaft sind, daher sie auch den Werth des einen herabsetzen, während sie denjenigen des anderen merklich erhöhen. Unmöglich kann der Gläubiger verlangen, daß er dergleichen Rechte umsonst ausüben will, z. B. daß seine Heerden auf dem benachbarten Felde unentgeltlich geweidet werden, er in dem benachbarten Walde umsonst Holz schlagen dürfe. Wenn auch im Rechtssystem die Benutzung der verpfändeten Gerechtigkeit zu der Gerechtigkeit und zu dem Pfande gehört und nicht davon getrennt werden kann, so gewährt sie in der Wirklichkeit nicht weniger einen Nutzen, welchen der Gläubiger, um keinen unbilligen Gewinn zu machen, wenigstens dann vergelten muß, wenn er sich für die Benutzung seines Capitals vom Schuldner Zinsen versprechen ließ.

So viel von der Verpfändung der Gerechtigkeiten überhaupt. Nun von der dabei zu machenden Unterscheidung zwischen ländlichen und städtischen.

Von den städtischen Gerechtigkeiten (servitutibus urbanis) wird gewöhnlich gelehrt, sie könnten nicht ver-

pfändet werden, und die Rechtsgelehrten pflegen den Grund darin zu setzen, daß dergleichen Rechte nur für das Grundstück des Gläubigers, hingegen die ländlichen (servitutes rusticae) auch für andere benachbarte Grundstücke von Nutzen seyn und also an den Besitzern derselben Käufer finden könnten. Nun könnte freilich der Gläubiger auch durch den Nutzen, den ihm die Gerechtigkeit gewährt, seiner Befriedigung wegen, wenigstens zum Theil, gedeckt seyn; indessen welchen Werth könnte er wohl darauf legen, wenn das nachbarliche Verhältniß, die Einrichtung, wozu ihn die s. g. Gerechtigkeit befugt machte, nicht mit dem Gebäude von gleicher Dauer wäre, wenn ihm jene nur *ad tempus* zustände, er nur für die ungewisse Zeit, während welcher die Schuld unabgetragen bliebe, die Gerechtigkeit haben, z. B. nur so lange den Balken seines Hauses in der Wand des Nachbarn ruhen lassen dürfte? Indessen ist es noch die Frage, ob der Unterschied, wovon der Grund angegeben ist, wirklich vorhanden sey. Sind städtische Gerechtigkeiten durchaus aller Verpfändung unfähig? Dieß ist nicht außer allem Streit. Zwei Rechtsgelehrte haben sie gegen diese Art von Zurücksetzung, wiewohl ohne Erfolg, in Schutz zu nehmen gesucht, Franciscus Balduinus und Majansius, jener aus Gallien, dieser aus Spanien. Balduin vermeint, es sey möglich, daß auch eine städtische Gerechtigkeit, nämlich eine ad tempus bestellte, dem Gläubiger zum Nutzen gereichen könne; sollte dieser Fall auch nur selten vorkommen, so könne er doch vorkommen, und sie dürften deshalb von den Gegenständen der Verpfändung nicht ausgeschlossen werden. Auch Majansius erkennt zwischen beiden Arten der Gerechtigkeiten keinen Unterschied. Deshalb, weil Paulus bloß von juribus praediorum rusti-

corum rede, welche verpfändet werden könnten, lasse sich noch nicht annehmen, daß jura praediorum urbanorum der Verpfändung unfähig seyn sollten. Das Trennungswörtchen *Sed*, womit die Stelle des Paulus anhebt, solle bloß den Uebergang bilden von den nicht zu verpfändenden Servituten zu den zu verpfändenden Rechten des Eigenthümers. Nicht alle städtische Gerechtigkeiten wären von der Art, daß sie nur dem Besitzer des einen Grundstücks zum Vortheil gereichen könnten. Als Beispiel führt Majansius die servitus altius non tollendi an, die mehreren Nachbaren zum Nutzen gereichen und also einem anderen Nachbar verkauft und, wenn sich kein Käufer fände, dem Gläubiger gerichtlich zugeschlagen werden könne [10]).

Allein, die Gründe dieser Rechtsgelehrten sind eher tauglich, einen Tadel der römischen Rechtsgelehrten zu begründen, als daß die gemeine Lehre dadurch umgestoßen werden sollte. Oder eigentlich keinen Tadel der römischen Rechtsgelehrten, wenigstens nicht derjenigen, von deren Schriften hier die Rede ist, sondern der Verfertiger der Pandecten, als welche dem Zusammenhange entrissene Stellen durch ihr Aneinanderfügen, vielleicht auch durch Auslassungen oder Zusätze, etwas sagen ließen, was deren Urheber vielleicht weit entfernt waren, zu denken. Wie denn bekanntlich die römischen Rechtsgelehrten die Ehre, die ihnen widerfuhr, daß Auszüge aus ihren Schriften in die Pandecten aufgenommen und sie dadurch aus bloßen lehrenden Rechtsgelehrten zu Gesetzgebern erhoben wurden und auf diesem Wege zu der Nachwelt gelangten, die außerdem vielleicht

---

[10]) L. 32. D. de serv. praed. urb. L. 4. §. ult. L. 5. §. 6. D. si serv. vind. L. 7. §. 1. D. Com. Praed.

leicht wenig mehr von ihnen wissen würde, mitunter etwas theuer dadurch bezahlen mußten, daß sie verstümmelt wurden.

Es ist freilich nicht ausdrücklich gesagt, daß jura praediorum urbanorum nicht zur Sicherheit einer Forderung bestellt werden können; es wird aber doch in der Art von ihnen geredet, als könnten sie es nicht. Wenn man nämlich mit dem Ausspruch des Marcianus den unmittelbar folgenden des Paulus zusammen nimmt, ist es nicht anders, als wenn dieselbe Person sich so ausgedrückt hätte: die jura praediorum *urbanorum* können gar nicht verpfändet werden, die jura praediorum *rusticorum* jedoch in einer beschränkten Art (die oben angegeben ist), nämlich, als servitutes pignoris causa *constituendae*.

Der Widerspruch der erwähnten Rechtsgelehrten würde an sich begründet seyn, wenn in der Stelle des Marcianus von Gerechtigkeiten überhaupt die Rede wäre. Dann könnte man sagen, diese Stelle handle nur von bestellten Gerechtigkeiten und die folgende von zu bestellenden und jenes: Sed bilde die Brücke von den einen zu den anderen; dabei wären in der zweiten Stelle zwar bloß einzelne Gerechtigkeiten genannt, diese aber nur als Beispiele anzusehen, jedoch nicht bloß als Beispiele ländlicher Gerechtigkeiten, sondern aller Gerechtigkeiten überhaupt, wenigstens aller, die, ihrer Art nach, dem Zweck der Verpfändung entsprechen können. Den Rechtssatz auf ländliche Gerechtigkeiten zu beschränken, weil die Beispiele von dieser Art sind, dazu würde, unter jener Voraussetzung, eben so wenig Grund vorhanden seyn, als wenn man ihn auf die einzelnen namentlich genannten beschränken wollte.

Allein, das Beiwort *urbanorum*, was in der ersten Stelle den *juribus praediorum* angehängt ist, verändert

Alles. Nun können, wenn man die zweite Stelle mit der ersten verbindet, ländliche Gerechtigkeiten nicht verpfändet werden, es sey denn, daß von zu bestellenden die Rede ist; städtische Gerechtigkeiten aber können überall nicht verpfändet werden, weder bestellte, noch zu bestellende.

Bei allem dem konnten aber doch die jura praediorum urbanorum von den Objecten der Verpfändung nicht eigentlich ausgeschlossen werden; es konnte hier nur von einer Function des Verstandes die Rede seyn, von einer Meinung des Rechtsgelehrten, von welcher die Frage ist, ob sie gegründet war. Von jenen Gerechtigkeiten zu sagen, sie können nicht verpfändet werden, hieß m. a. W. sie sind nicht so geartet, daß der Zweck der Handlung durch sie erreicht werden kann; sie sind nicht tauglich zur Verpfändung. Und wenn sie nun dennoch so geartet wären und es thäte Jemand mit ihnen dasselbe, was nach Paulus mit den von ihm namhaft gemachten ländlichen geschehen kann, wären sie dann nicht verpfändet und das Geschäft ungültig, weil Marcianus oder Paulus oder Beide gesagt haben, sie könnten nicht verpfändet werden? Oder müßte es nicht vielmehr, gleichviel, ob unter diesem oder einem anderen Titel, aufrecht erhalten werden?

Aber, wenn schon die eine Classe der Gerechtigkeiten, die das römische Recht unter die Gegenstände des Pfandrechts aufgenommen hat, zur Verpfändung wenig geeignet ist, die andere ist es noch viel weniger. Sie ist durch ihre Natur von den Gegenständen der Verpfändung mehr noch, als durch die Gesetze, ausgenommen. Selten wird der Fall eintreten, daß eine Gerechtigkeit, die, für immer bestellt, dem einen Nachbaren zum Nutzen gereicht, dem anderen eben so nöthig oder nützlich seyn sollte; noch viel seltener,

daß eine *ad tempus* bestellte Gerechtigkeit auch nur für den Gläubiger, dem sie doch zunächst bestellt wird, von Werth, ihm wegen der damit verknüpften Kosten nicht eher nachtheilig, als vortheilhaft seyn sollte, am Seltensten, daß beide Erfordernisse vereinigt angetroffen werden.

II.

Zur Lehre von der Accession im Pfandrecht.

Auch im Pfandrecht gilt der Grundsatz: Solum ad se trahit aedificium, und kann hier, ja auch in anderen Fällen, zu merkwürdigen Folgerungen führen. Gesetzt, ein neues Haus wird nur zu einem Theil auf der verpfändeten area aufgeführt, ein anderer Theil steht auf einer anderen Stelle, die entweder nicht verpfändet ist oder einem anderen Gläubiger zum Pfande dient; in diesem Fall kann das Pfandrecht sich nicht weiter erstrecken, als die area reicht, und das Gebäude, was über der area steht, ist dem Gläubiger nur so weit verpfändet, als die area davon bedeckt wird. Die anziehende Kraft, die der area zukömmt, kann nicht weiter reichen, als sie selbst reicht; nur das, was über der area ist, wird von ihr angezogen, nicht aber, was über der benachbarten; sie würde sonst in den Wirkungskreis der nebenan liegenden, der gleichfalls eine dergleichen anziehende Kraft, in Ansehung dessen, was über ihr gebaut ist, beigelegt ist, eingreifen, und beide würden sich in ihren Wirkungen am Ende aufheben.

Ein hierher gehöriger Fall kam in Dresden vor.

Bei einer der Belagerungen, womit die Stadt im siebenjährigen Kriege heimgesucht ward, geschah es, daß zwei neben einander liegende Häuser, wovon das eine dem Titius, das andere dem Mevius gehörte, durch feindliche hineingeworfene Bomben in Brand gesteckt wurden und zusammt den Hypotheken, womit beide Besitzer ihre Häuser belastet hatten, in Rauch aufgingen. Die Brandstellen dieser Häuser gelangten an einen Dritten, den Sempronius, der ein neues Haus aufführte, was beide Brandstellen bedeckte. Als aber über das Vermögen des Letzteren Concurs ausbrach, melbeten sich jene beiden Gläubiger, denen die zerstörten Häuser verpfändet gewesen waren, und wollten befriedigt seyn. Das Gericht fand ihre Ansprüche gegründet und wies sie auf den Preis des im Concurse verkauften Hauses an, doch sollten sie nicht gleichen Theil daran haben, vielmehr nach Verhältniß der Größe und Beschaffenheit desjenigen Theils des Gebäudes, der über der ihm verpfändeten Erdfläche aufgeführt worden, sollte jeder am Kaufgelde Theil nehmen, und zu diesem Ende wurden beide Theile des Hauses durch Sachverständige gegen einander geschätzt [1]). Die Gerechtigkeit dieser Entscheidung folgt aus der Natur des Pfandrechts und der Accession. In Hinsicht auf das Pfandrecht ist es einerlei, ob auf den beiden Stellen Ein Haus stand oder mehrere. Was über jeder Fläche steht, ist jedem verpfändet; das Pfandrecht theilt sich durch die area dem darüber stehenden Gebäude, der Superficies, mit und zwar, gleich einer physischen Kraft, ohne Rücksicht auf politische Einrichtungen und Eintheilungen, also ohne Rücksicht darauf, wer das Gebäude erbaut hat und ob es ein Ganzes oder Theil eines

[1]) S. Kind quaest. forenses tom. 3. cap. 53.

anderen ist, und im letzten Fall, wem der größere oder geringere Theil angehört. Die Ausdehnung des Gebäudes über der verpfändeten area weist, wie diese selbst, jedem Pfandrecht seine Gränze an. Nur in Hinsicht auf die Größe des Antheils eines jeden der beiden zusammentreffenden Gläubiger am Kaufgelde, oder vielmehr bloß in Hinsicht auf die Ausmittelung dieser Größe, konnte die Einheit des Gebäudes, welches beide Flächen bedeckte, Schwierigkeiten erregen, die in diesem Fall nicht von der Seite der Gesetze herkamen, sondern allein in den Thatsachen gegründet waren. Ein Fall dieser Art kann sich übrigens nicht bloß auf Veranlassung eines Krieges und besonders eines siebenjährigen ereignen, sondern sehr oft vorkommen, nämlich so oft, als Jemand, was nicht selten geschieht, zwei Häuser niederreißt und Eins dafür aufführt. Hätte dann entweder er selbst oder hätten frühere Besitzer die niedergerissenen Häuser einzeln an Verschiedene verpfändet, und verfiele das neue Haus in Concurs und es meldeten sich die Gläubiger, denen die niedergerissenen Häuser verschrieben waren, kurz, erneuerten sich, bloß mit veränderter Veranlassung, alle die Umstände, wie sie in dem zu Dresden entschiedenen Fall zusammen trafen, so würde dieselbe Frage immer auf dieselbe Art zu entscheiden seyn.

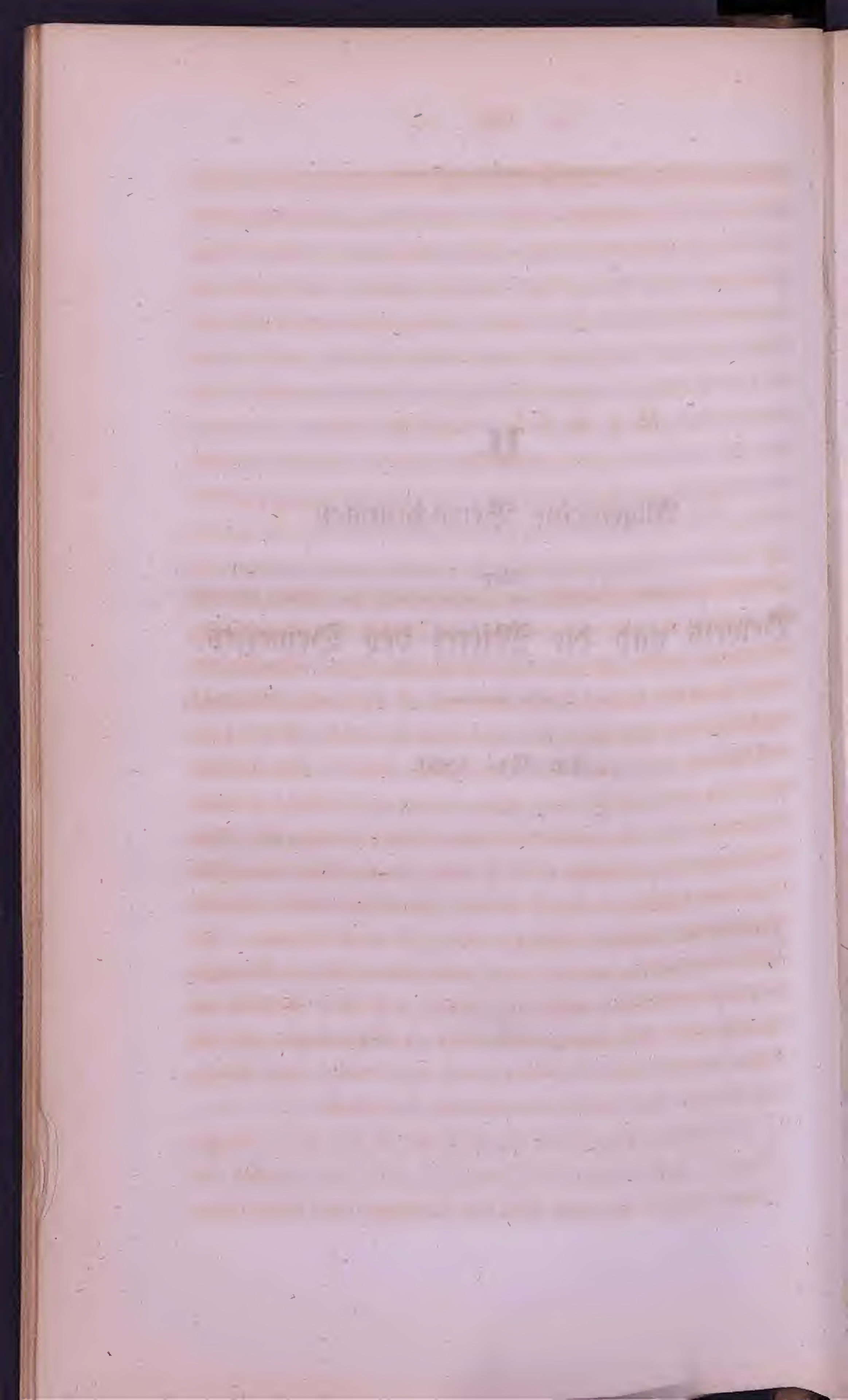
II.

Allgemeine Betrachtungen

über

Beweis und die Mittel des Beweises.

Im Mai 1833.



Erster Theil.

Vom Beweise überhaupt.

§. 1.

Zuvörderst vom Beweise im Allgemeinen zu reden, ist, wie ich glaube, die echte Bedeutung des Ausdrucks: Beweisen, diejenige, welche Weber an die Spitze seines Werks über die Beweislast gestellt hat. Darnach ist beweisen, Gründe aufstellen, woraus die Wahrheit eines Satzes zu erkennen ist. Vielleicht ist es noch genauer und weniger zu mißdeuten, wenn man sagt, beweisen heiße, Gründe beibringen, welche hinlänglich sind, damit ein gewisser Satz für wahr angenommen werden muß, durch Aufstellung von Gründen machen, daß ein Anderer genöthigt wird, unserer Behauptung seinen Beifall zu geben, ihr beizustimmen. Die Handlung selbst, wodurch dieß geschieht, heißt der Beweis; so pflegt man aber auch den Grund, der zum Beweise gebraucht wird und dazu, allein oder in Verbindung mit anderen, tauglich ist, die ratio, quae rei dubiae facit fidem, mit Einem Wort das argumentum zu nennen.

Indessen, wie wenig ist, was wir wissen und beweisen können? Fast in allen Wissenschaften und Verhältnissen des Lebens müssen wir uns, statt der Wahrheit, mit Wahrschein-

lichkeit und, statt der Gründe, die etwas als gewiß darstellen, mit solchen begnügen, die es bloß glaublich machen, und daher scheint es zu rühren, daß man in Hinsicht auf Beweis seine Forderung herabzustimmen geneigt ist und daß selbst die Philosophen sich genöthigt sahen, dieß durch die Bedeutung, worin sie den Ausdruck gebrauchen, gut zu heißen. Sie verstehen nämlich darunter, Gründe der Gültigkeit eines Urtheils oder Satzes darlegen [1]), und unterscheiden zweierlei Beweis, nämlich *demonstratio*, da aus sicheren Vordersätzen der zu beweisende Satz als ein richtiger Schluß folgt, und *probatio*, da nur Gründe für die Wahrheit eines Satzes beigebracht werden, die aber zur völligen, die Möglichkeit des Gegentheils ausschließenden Gewißheit nicht hinlänglich sind [2]).

Nimmt man den Ausdruck: Beweisen in jener zuerst erwähnten und, wie es mir scheint, echten und wahren Bedeutung, so ist es schwer, den juridischen Begriff mit dem philosophischen in Einklang zu bringen; wenigstens würde es ein bloßes Spiel mit den Worten seyn, wenn man sagen wollte, im philosophischen Sinn heiße beweisen, die Gründe anführen, wodurch überhaupt die Wahrheit eines gewissen Satzes erkannt wird, und im juridischen, wodurch die veritas forensis; denn diese so genannte veritas forensis ist etwas Anderes, als die Wahrheit, wovon in jenem Begriff die Rede ist. Eher läßt sich die zweite mit ihm vereinigen. Auf allen Fall ist indessen dieser philosophische Begriff, er

---

[1]) Krug allgem. Handwörterbuch der philosophischen Wissenschaften, unter dem Wort: Beweisen.

[2]) *Kahl* elementa logicae probabilium §. 30. *Reusch* systema logicum §. 30. Krug a. a. O.

mag nun so oder so lauten, für den Gebrauch der Rechtswissenschaft in der Gestalt, worin er erscheint, nicht tauglich.

Der Beweis der Rechtsgelehrten hat ein Feld von viel geringerem Umfange. Die Rechtswissenschaft hat es hauptsächlich bloß mit dem Beweise zu thun, wie er vor Gericht erforderlich ist. Derjenige, dem der Beweis geführt wird, ist der Richter, welcher von der Wahrheit gewisser Thatsachen überzeugt werden muß, ehe er darnach richtet, und der hierbei von ganz anderen Grundsätzen ausgeht, wie der Philosoph und nicht so leicht zu befriedigen ist, wie der Geschichtschreiber. Mit dem Beweise, den der Letztere erfordert, hat er den Inhalt gemein. Der Inhalt desselben sind Thatsachen, namentlich, was geschehen und gewesen und dabei von Erheblichkeit ist, gerade wie die Geschichte die Ereignisse und zwar merkwürdige zum Gegenstande hat. Alles Uebrige, was sonst noch bewiesen werden kann, ist kein Beweis für den Rechtsgelehrten.

§. 2.

Wenn sie die Frage aufwarfen, was ist der Gegenstand des Beweises, begnügten sich die Alten, das Recht und die Thatsachen — quaestiones juris und quaestiones facti — einander entgegenzusetzen, und während sie die letzteren als den Gegenstand des Beweises bezeichneten, nahmen sie die ersteren davon aus. Vielleicht war es das canonische Recht, welches zu dieser Unterscheidung die Gelegenheit gab. Denn das canonische Recht unterscheidet in einer Stelle beides [1]). Und ursprünglich möchte die römische Unterscheidung von ignorantia juris et facti es veranlaßt haben, daß beim Beweise das canonische Recht einen ähnlichen Unterschied machte.

---

[1]) Cap. 44 X. de app.

Es kömmt, sagten etwa jene Alten, bei Gericht darauf an, gegebene Gesetze auf gegebene Fälle anzuwenden; zu dem Ende müssen beide gewiß seyn. Jene sind es von selbst; nam jura novit curia; diese müssen es erst werden; daher bedürfen nicht jene, sondern nur diese des Beweises [2]).

Zuvörderst können Rechtssätze und Thatsachen gar nicht einander entgegengesetzt werden. Denn, abgesehen von den Wahrheiten des natürlichen Rechts, die durch den bloßen Gebrauch der Vernunft erkennbar sind, gehören auch die Rechtssätze zu den Thatsachen und müssen ursprünglich durch die Erfahrung zu unserer Kenntniß gelangen. In der That würde ein streitender Theil auch sie, eben so gut wie andere Thatsachen, beweisen müssen, wenn es nicht zum Amt des Richters gehörte, die Gesetze zu kennen. Soweit es sich hiermit erstreckt, eben so weit sind auch die streitenden Theile vom Beweise frei. Es erstreckt sich aber nur auf die im Lande geltenden geschriebenen Gesetze. Kömmt es bei Entscheidung eines Rechtsfalles auf die Gesetze fremder Länder an, oder auf Gewohnheiten, oder auf Privilegien in eigentlicher Bedeutung, so müssen Daseyn und Inhalt dieser Dinge, eben so gut wie Thatsachen, worauf Klagen oder Einreden sich gründen, — wie ja auch die Rechtsgelehrten selbst annehmen [3]) — bewiesen werden. Eine Stelle des römischen Rechts, welche die alten Rechtsgelehrten für die entgegengesetzte Meinung, nämlich, daß auch Rechtssätze bewiesen werden müssen, als Zweifelsgrund anzuführen pflegen, dient gerade dazu, den zuletzt angeführten Satz, wenigstens was Privilegien betrifft, zu bestätigen. Wir sehen

---

[2]) *J. H. Boehmer* de probatione per delationem juramenti. §. 1.

[3]) Weber über die Verbindlichkeit zur Beweisführung. S. 21. 22.

nämlich daraus, daß derjenige, welcher eine Ausnahme von der Regel aufstellt, indem er behauptet, daß seinem Gegner ein gewisses Recht, was sonst Allen zusteht, per modum privilegii odiosi entzogen sey, den Beweis davon übernehmen müsse [4]). Der Regel nach hat man nicht nöthig, Rechtssätze zu beweisen [5]).

Sodann sind es zwar hauptsächlich, ja am Ende fast immer Fragen des Rechts und der Thatsachen, worauf es bei Gericht ankömmt; allein sie sind es doch nicht allein; vielmehr, ehe man zu ihnen gelangen kann, können viele andere Fragen aufgeworfen werden, kann über viele andere gestritten werden und können viele andere zu beantworten seyn. In Hinsicht auf alle diese läßt uns jene nicht ausreichende Unterscheidung im Stich und im System entsteht eine Lücke.

Die Alten versahen es darin, daß sie einen zu niedrigen Standpunct nahmen. Sie hätten sich auf einen etwas höheren stellen und vor allen Dingen die Frage aufwerfen müssen, was muß der Richter nach unseren Gesetzen von Amtswegen wissen und können, welche Kenntnisse muß er haben oder sich zu verschaffen suchen — und welche andere müssen ihm mitgetheilt werden.

In dieser Hinsicht sind die Neueren weiter gegangen.

Weber macht die sehr richtige Bemerkung, „wie alles „dasjenige ein Gegenstand der rechtlich nothwendigen Be„weisführung sey, was der Richter als solcher zum Zweck „der Untersuchung und Entscheidung einer vorkommenden „Rechtssache zu wissen nöthig habe und was er nicht als

---

[4]) *L. 5. pr. D. de probat.* Ab ea parte, quae dicit, adversarium suum ab aliquo jure prohibitum esse specialiter lege, vel constitutione, id probari oportere.

[5]) Cap. 44. X. de appell.

„Richter schon wisse oder wenigstens wissen müsse" [6]). Allein es scheint, daß diese Antwort auf die aufgeworfene Frage doch nicht ausreiche, sondern eine zweite Frage und eine zweite Antwort nöthig mache.

Gönner unterscheidet zwischen demjenigen, was Gegenstand der Reflexion sey, und den Merkmalen, die der Richter, als Merkmale des streitigen Falls, unter das Gesetz subsumiren wolle, und indem er auf solche Art eine, nach seiner Meinung richtige, Theilung vornimmt, überweist er jenes dem Richter und legt die Beibringung dieser den streitenden Theilen zur Last [7]).

Des Richters eigentliche Thätigkeit besteht bekanntlich darin, die rechtlichen Wahrheiten auf vorkommende Fälle anzuwenden. Hierin haben die streitenden Theile nicht nöthig, ihm zu Hülfe zu kommen. Sie dürfen ihm auch Kenntnisse nicht mittheilen, die Allen gemein sind, und nichts, was er durch den Gebrauch seiner Sinne, und nichts, was er durch den bloßen Gebrauch der Vernunft erkennen kann. Ob aber in einem Prozeß, der nach den Regeln des römischen und canonischen Rechts geleitet wird, gerade Alles, was innerhalb der Sphäre der Reflexion liegt, auch da, wo gemeine Kenntnisse nicht ausreichen, zum Amt des Richters gehöre und vom Beweise ausgenommen sey, das ist eine Frage, die ich wenigstens nicht mit solcher Sicherheit bejahen möchte, die aber für jetzt dahin gestellt bleiben mag, da ich in der Folge darauf zurückzukommen genöthigt seyn werde.

Begnügen wir uns für jetzt mit dem Satz, worin Alle

---

[6]) Weber über die Verbindlichkeit zur Beweisführung im Civilprozeß. S. 17.

[7]) Gönner Handb. des Proz. 2. Bd. 37. Abh. §. 5.

übereinstimmen werden, wie dasjenige ein Gegenstand des Beweises sey, was man nur durch die Erfahrung wissen kann. Es ist deshalb nicht gerade Alles zu beweisen, was man nur durch die Erfahrung wissen kann; aber das zu Beweisende muß von dieser Art oder ihm wenigstens, wie wir hier vorläufig hinzusetzen wollen, bei Gericht an die Seite zu setzen seyn, indem es am Ende einerlei seyn kann, ob der Richter etwas nicht weiß, weil er es nicht erfahren hat, oder weil er nichts davon versteht. Das Gesetz selbst oder die Regeln des Prozesses nehmen schon zweierlei aus, was nicht bewiesen werden darf, obgleich man es nur durch die Erfahrung wissen kann. Dieß sind die Wahrheiten des positiven, im Lande geltenden, geschriebenen Rechts, was dem Richter bekannt ist oder seyn muß, und dann ferner Alles, was Allen bekannt ist.

Die römischen und canonischen Gesetze haben zwar nirgends zwischen demjenigen, was der Richter Amtshalber wissen oder haben, und demjenigen auf der anderen Seite, was er nicht wissen und ihm von den streitenden Theilen gegeben werden muß, eine bestimmte Gränzlinie gezogen. Indessen, wenn sie vom Beweise reden, den eine Partei führen müsse oder zu führen nicht nöthig habe, so sieht man, daß es immer Thatsachen sind, von denen sie, als dem Gegenstande des Beweises, reden. Sie sagen ausdrücklich, daß quaestiones facti zu beweisen sind, daß quaestiones juris man nicht nöthig habe zu beweisen [8]), daß *facta* notoria nicht bewiesen werden dürfen [9]).

Es ist indessen einem streitenden Theil nicht eben verwehrt, dem Richter auch rechtliche Wahrheiten und überhaupt

---

[8]) Cap. 44. X. de appell. | [9]) Erster Theil S. 351.

solche, die durch den bloßen Gebrauch der Vernunft erkennbar sind und er von selbst haben oder finden muß, auseinander zu setzen, ihm bei der Auslegung oder Anwendung der Gesetze zu Hülfe zu kommen, ihm die Gründe darzulegen, aus denen die Wahrheit dessen, was er behauptet, hervorgeht; aber das heißt in der Sprache der Rechtsgelehrten nicht beweisen, sondern herleiten (deduciren), und eine solche Herleitung gehört zu den Rechten streitender Theile, wovon sie alle Tage Gebrauch machen, nicht aber zu den Verbindlichkeiten derselben. In dieser Hinsicht würde vielmehr dem Richter, der das Urtheil spricht und die Gründe angeben muß, worauf es beruht, die Last des Beweises selber obliegen.

In dem beschränkten Sinne, worin die Rechtsgelehrten den Ausdruck Beweis nehmen, da er auf die Verbindlichkeit bezogen wird, Beweis zu führen, der Beweis als eine Last erscheint, welcher ein streitender Theil sich unterziehen muß, wenn er will, daß der Richter seine Behauptung für wahr annehmen soll, machen nur Thatsachen den Gegenstand oder Inhalt des Beweises aus. Es gehören also die Begebenheiten, die der Vergangenheit angehören, das, was geschehen oder gewesen ist, zur Sphäre des Beweises. Außerdem kann auch über den gegenwärtigen Zustand oder die Beschaffenheit einer Sache gestritten werden; Grollmann stellt es als Erscheinung der Begebenheit gegenüber. Dieses gehört an sich nicht zu den Thatsachen, die Rechtsgelehrten pflegen es aber dahin zu rechnen [10]). Gegenstand eines

[10]) Grollmann, Theorie des gerichtlichen Verfahrens §. 80. a. Schneider, Lehre vom rechtlichen Beweise §. 1.

eines möglichen Beweises ist auch dieses, da man auch davon nur durch die Erfahrung wissen kann. Nur macht in Fällen dieser Art die αὐτοψία des Richters den Beweis öfter unnöthig, und er, der beim Beweise, wie ein streitender Theil ihn zu liefern hat, gewohnt ist, die Wahrnehmungen Anderer zu benutzen, sieht sich in den Stand gesetzt und genöthigt, die Erfahrung, wovon die Rede ist, dießmal selber zu machen.

Eine andere Frage ist jedoch, was ist Gegenstand des Beweises überhaupt, und eine andere, was muß in einzelnen Fällen bewiesen werden, oder, was kann bewiesen werden und was ist nöthig, zu beweisen. Die letztere ist hier nur beiläufig zu berühren. In einzelnen Fällen müssen die zu beweisenden Thatsachen zu dem Gegenstande des Streits in näherer Beziehung stehen. Nach dem Gesetz, was der Richter kennt, als dem Obersatz, kommen sie, die der Richter durch den Beweis kennen lernt, als der Untersatz, aus denen der Richter den Schluß zieht, ob das Verlangen des Klägers gegründet oder der Beklagte gegen das gegründete Verlangen des Klägers in Schutz zu nehmen sey. Es sind dieß die Thatsachen, welche das Entstehen oder die Veränderung von Rechten vermitteln und somit das Verlangen der streitenden Theile u. s. w. begründen oder vernichten.

§. 3.

Daß diese oder jene Thatsache sich so oder anders verhält, dieses oder jenes, wie von den streitenden Theilen behauptet wird, geschehen oder gewesen sey u. s. w., kann der Richter nicht wissen — und folglich auch nicht bei seiner Entscheidung zum Grunde legen, wenn nicht Beweise darüber beigebracht oder erhoben sind. Auf sein bloßes Wort glaubt ein Richter Niemanden, sondern, wenn er an That-

sachen glauben soll, so müssen Mittel angewandt werden, welche nach der Natur der Sache oder nach den Gesetzen tauglich und hinlänglich sind, ihm diesen Glauben zu erregen. Alles Ungewisse wird bei Gericht nicht berücksichtigt und kann es nicht werden; es kann Rechte weder begründen, noch aufheben, ist vielmehr als gar nicht vorhanden anzusehen. *Non esse* und *non apparere* sind bei Gericht, wie die Alten sagten, gleichbedeutende Dinge. Nur aus besonderer Begünstigung wird das Ungewisse in einzelnen Fällen berücksichtigt [1]). Außer diesen Fällen ist Alles, was das Gesetz thun kann, daß es dem streitenden Theil erlaubt, das Ungewisse zur Gewißheit zu erheben.

Die Maxime der Gesetze, welche hierbei zum Grunde liegt, empfiehlt sich von selbst und bedarf keiner Rechtfertigung. Es versteht sich, daß bei Gericht nichts für wahr angenommen werden kann, als was bewiesen ist oder bei angestellter Untersuchung wahr befunden wird, wie denn auch dieser Grundsatz nicht sowohl deutlich ausgesprochen, als vielmehr darnach gehandelt wird. Wollte man das Alles glauben, was jeder an Thatsachen, die ihm vortheilhaft sind, behauptet, wie sehr würde dieß gemißbraucht werden, wie oft die Behörde, die das Recht vertheidigen soll, sich dazu hergeben müssen, das Unrecht in Schutz zu nehmen. Zwar, manche würden ohne Zweifel seyn, die wissentlich nichts behaupten würden, als das Wahre, sollte das Gegentheil ihnen auch die größten Vortheile verschaffen. Aber, nicht zu gedenken, daß sie sich irren könnten, würde die Zahl derjenigen noch weit größer seyn, die hier eine Hülfe in allerlei Noth, wohl gar ein bequemes, dem Dieb-

---

[1]) L. 10. D. de rebus dubiis.

stahl und Raub vorzuziehendes Mittel finden und benutzen würden, Anderen zu schaden oder sich auf Kosten Anderer zu bereichern. Am Ende würde die Sache nicht einmal ausführbar seyn; denn wollte man nicht den Grundsatz der Gleichheit der streitenden Theile verletzen und die größte Ungerechtigkeit begehen, so müßte des Einen Ja so viel, wie des Anderen Nein gelten, und ebenso gut, als dem Kläger, der eine gewisse Thatsache behauptete, müßte dem Beklagten auf sein bloßes Wort geglaubt werden, wenn er sie bestritte.

Mit Recht verlangt also das Gesetz und im Namen desselben der Richter von jedem, und zwar ohne Unterschied, wie viel er auch sonst Glauben verdienen mag, über Thatsachen, die er behauptet, vor allen Dingen den Beweis, und nimmt sie nur in einzelnen Fällen ausnahmsweise und dann auch nur einstweilen, nämlich bis zum Beweise des Gegentheils, für wahr an. Beweis ist die Voraussetzung, ohne welche der Richter an Thatsachen nicht glaubt, die auf Rechtsverhältnisse von Einfluß sind. Er glaubt nicht daran und darf auch vermöge der Gesetze nicht daran glauben [2]).

Das römische Recht stellt die Regel auf: Actore non probante, reus absolvitur [3]). Seht hier, wie das Gesetz jenen Grundsatz deutlich ausspricht. Im Grunde ist dieß nur die Anwendung einer anderen, viel allgemeineren Regel, die der Gesetzgeber im Sinne behalten hat.

---

[2]) Ihm, dem Richter, diesen Glauben zu erregen, ist der Zweck des Beweises. Probatio fit judici. L. 12. D. de probat. L. 2. C. de edendo. L. 1. C. de rebus alienis non alien. L. 83. D. de condit. L. 83. §. 1. D. de Verb. Obl. L. 1. C. de cond. ob turpem causam.

[3]) L. 4. C. de edendo. L. 2. C. de prob. L. 9. C. de obl. et act.

§. 4.

Wenn nun das Gesetz und in seinem Namen der Richter Beweis von Jemanden fordert, so will Gesetz und Richter zweierlei, *einmal*, daß jene Behauptung, deren Beweis verlangt wird, *sich bestätigt*, *zweitens* derjenige, von welchem Beweis verlangt wird, *soll machen*, er *soll es bewirken*, *daß sie sich bestätigt*; durch ihn soll die Bestätigung dem Richter verschafft werden; er soll wenigstens die Materialien herbeischaffen und überhaupt, so viel *an ihm ist*, *dabei thun*. Von Amtswegen will der Richter dabei nicht thätig seyn, wie er es überhaupt im Civilprozeß nicht ist; er will der Wahrheit nicht ex officio nachspüren; nur mitwirken will er bei Führung des Beweises, dem Beweisführer mit seiner richterlichen Thätigkeit, so weit es nöthig und dem Gange des Prozesses angemessen ist, zu Hülfe zu kommen [1]). Es ließe sich freilich denken, daß das Gesetz dem Richter die Pflicht auflegte, die Wahrheit ex officio zu erforschen und dabei die Angabe dessen,

---

[1]) Die Thätigkeit des Richters äußert sich überhaupt beim Beweise auf dreifache Art oder zu drei verschiedenen Zeiten, einmal *vorhergehend*, indem er auf Beweis erkennt, im Interlocut bestimmt, wer zu beweisen habe und was zu beweisen sey, zweitens *begleitend*, indem er das Beweisverfahren leitet, die Zeugen schwören läßt, sie vernimmt, drittens *nachfolgend*, indem er über den Beweis urtheilt, ob er geführt oder mißlungen, durch einen Eid zu ergänzen u. s. w. sey. *Schaumburg* jus Dig. tit. de prob. §. 5. *Anton Faber* und *David Mevius*, diese beiden sonst so ehrenwerthen Männer, sind hier auf einen Abweg gerathen; sie behaupten nämlich, der Richter könne nicht einmal ex officio auf Beweis erkennen, sondern die streitenden Theile müßten sich dazu erboten haben. Mev. P. 2. Dec. 297. Dies mißbilligt J. H. *Böhmer*. Jus eccles. Prot. lib. 1. tit. 32. §. 57. nr. 5.

dem daran gelegen ist, daß sie an den Tag kommt, über die Mittel, wodurch dieß geschehen kann, zu benutzen — denn ganz ohne Mitwirkung des streitenden Theils würde es doch immer nicht abgehen — dann würde diese zweite Forderung wegfallen. Aber, die erste bliebe noch immer übrig. Denn, nach Gönner's richtiger Bemerkung, kömmt auch bei einem auf die Untersuchungsmaxime berechneten Prozeß die Frage nach der Beweislast in Betrachtung; hier schadet der Mangel am Beweise demjenigen, dessen Recht ohne Beweis nicht anerkannt werden kann [2]). Nicht weniger liegt in jener Forderung, der streitende Theil u. s. w. solle beweisen, drittens, daß Gesetz und Richter sich mit dem bereits Vorhandenen, mit demjenigen, was man auch ohne den streitenden Theil schon hat, nicht begnügen wollen; ein bloßes Aufstellen von Gründen kann hier also nicht hinlänglich seyn. Es soll nicht der Verstand des Richters aufgeklärt, sondern viel eher könnte man sagen, es sollen Thatsachen herbeigeschafft, der frühere Zustand soll wieder gegenwärtig gemacht, das Vorübergegangene zurückgerufen werden. Oder, mit Beiseitsetzung von Bildern, die hier nicht ganz passen und das, was ich sagen will, nur unvollkommen andeuten, es soll, um vorläufig nur dieß zu sagen, auf andere Art, als durch bloße Anführung von Gründen, die der Richter sich selbst sagen kann, gezeigt werden, daß dieß oder jenes, was auf Rechtsverhältnisse von Einfluß ist, geschehen oder gewesen sey.

Dabei ist jedoch ein Unterschied, ob zunächst erst das Gesetz oder ob bereits der Richter jene Forderung gemacht hat. Hat nur das Gesetz jene Forderung gemacht oder

---

[2]) Gönner, Handbuch des Proz. 2. Band. Abh. 37. §. 16.

m. a. W. war Jemand von Rechtswegen schuldig, diesen oder jenen Umstand zu beweisen, so kann das, was im ersten Verfahren zugestanden oder ausgemittelt ist, den Beweis unnöthig machen und den streitenden Theil der Beweislast, die ihm ganz oder zum Theil obgelegen haben würde, überheben. Wenn aber der Richter im Interlocut auf Beweis erkennt, so will er sich mit dem, was durch die ersten Verhandlungen ausgemittelt ist, nicht begnügen; er will vielmehr, daß Gründe von außen herbeigebracht werden, welche nach den Gesetzen geschickt sind — entweder für sich oder in Verbindung mit dem, was die Acten enthalten — den Glauben an die Wahrheit gewisser Thatsachen zu erregen; er will also, daß der fehlende Beweis geführt, oder, daß der mangelhafte ergänzt werde; er will, daß das Bestrittene bewiesen, oder, das bereits unvollständig Bewiesene besser bewiesen werde.

Es ist daher eine richtige Bemerkung, welche Huber macht, daß es mit dem Beweisinterlocut des Richters nur auf s. g. unkünstlichen Beweis durch Zeugen und Urkunden zu beziehen sey [3]), wiewohl doch wiederum aus den Aussagen der Zeugen oder dem Inhalt der Urkunden ein solcher künstlicher Beweis hervorgehen kann, indem das, was sie bezeugen, die zu beweisenden Thatsachen nicht immer selbst sind, sondern Umstände, aus denen die Wahrheit des Beweissatzes mit größerer oder geringerer Wahrscheinlichkeit, auch wohl mit Nothwendigkeit, zu schließen ist.

§. 5.

Ehe ich nun weiter gehe, muß ich die Bemerkung machen, die schon längst Philosophen und Rechtsgelehrte

---

[3]) *Huber* Prael. tit. de probat. §. 3.

gemacht haben, und unter den Ersteren schon Aristoteles, daß in geschichtlichen Dingen, dergleichen den Gegenstand des Beweises ausmachen, keine apodictische Gewißheit, welche die Möglichkeit des Gegentheils ausschließt, zu haben ist [1]). Auch durch die bündigsten Beweise gelangt man nicht dahin, daß der Richter die Thatsachen, welche bewiesen werden, als wahr erkennt; er weiß sie nicht, sondern Alles, was hier möglich ist, besteht darin, daß er daran glaubt. Die sogenannte Ueberzeugung des Richters von der veritas forensis streitiger Thatsachen ist nichts, als ein Glauben, und dieser gerichtliche Glaube eine Unterart des historischen. Es kann zwar seyn, daß aus gewissen Thatsachen der zu beweisende Satz mit Nothwendigkeit folgt, aber dann sind es diese Thatsachen, aus denen der Schluß abzuleiten ist, welche den Gegenstand des Beweises und Glaubens ausmachen. Die Thatsachen muß dann der streitende Theil herbeischaffen; den Schluß aus ihnen zieht der Richter. Da nun apodictische Gewißheit über geschichtliche Dinge und also auch über Thatsachen, worüber bei Gericht gestritten wird, nicht möglich ist, so begnügt man sich und muß sich begnügen mit demjenigen, was zu haben ist; statt der Gewißheit dient der Glaube, und etwas glaubwürdig machen — und zwar in der Art und dem Grade, wie das Gesetz es erfordert — heißt hier beweisen.

§. 6.

Hiernach wird sich der Begriff des Beweises leicht zusammensetzen lassen. Die Rechtsgelehrten pflegen bei Auf-

---

[1]) *Kahl* elementa logicae probabilium §. 212. *Thomasius* de fide juridica cap. 2. *Schaumburg* comp. Dig. tit. de probat. §. 8. Weber über die Verbindlichkeit zur Beweisführung S. 190.

stellung desselben nicht wenig von einander abzuweichen; fast überall wird eine völlig schulgerechte Definition vermißt; die meisten nahmen viel Unnützes, zum Theil auch Falsches in den Begriff auf; der Eine begeht diesen, der Andere jenen Fehler; indem er sich von dem Fehler seines Nebenarbeiters frei erhält, begeht er einen anderen, den dieser vermieden hat. Es kömmt hier nur darauf an, das Gute herauszunehmen und das Uebrige, als unbrauchbar, wegzuwerfen. Man sieht wenigstens, wenn man ihn erst gefunden hat, daß man fast ohne Kostenaufwand, bloß durch Weglassung des Ueberflüssigen, zu dem echten Begriff gelangen, und, so zu sagen, aus bloßen alten Materialien ein neues Gebäude aufführen kann. Nach Nettelbladt wird der Ausdruck: Beweis in dreifacher Bedeutung gebraucht. Er bezeichnet nämlich 1) die Ueberzeugung des Richters von der Wahrheit eines gewissen Thatumstandes; 2) die Handlung, welche darauf gerichtet ist, diese Ueberzeugung hervorzubringen; 3) die Mitttel, wodurch sie hervorgebracht wird [1]). Ihm folgt auf diesem Pfade Danz [2]), indem er in diesem Fall unter allen seinen Vorgängern demjenigen den Vorzug gibt, der dießmal vom rechten Wege am weitesten entfernt war. Die Erklärung, die Schaumburg in seinem Werk, worin er ex professo vom gerichtlichen Verfahren handelt, gibt, zeichnet sich besonders dadurch aus, daß sie mit unnöthigen Dingen überladen ist. Probatio, bemerkt er, est actus judicialis, per *sententiam injunctus*, quo *litigans* judici *de fundamento intentionis vel exceptionis*, quatenus facti *et ab altera parte negatum est*, *nec a lege prae-*

---

[1]) *Nettelbladt* jurisprudentia generalis § 97.

[2]) Grundſ. des ord. Proz. §. 236.

sumitur, solemni et legali modo fidem facit [3]). Wesentlich beim Beweise sind nur drei Stücke, nämlich der Richter, dem der Beweis geführt wird, die Thatsache, über welche Beweis geführt wird, und zunächst die Handlung, wodurch der Beweis geführt wird. Aus diesen drei Stücken läßt sich der Beweis zusammenfügen. Wird noch sonst etwas hinzugesetzt, so wird der Umfang des Beweises zu sehr eingeschränkt und die Erklärung ist zu eng. Daher ist eine andere Erklärung schon besser, die derselbe Schriftsteller an einem anderen Ort gibt. Probatio est actus judicialis, quo judici causae controversae de veritate dubii facti legitime fides fit [4]). Doch ganz befriedigt auch sie nicht. Und eben dieß gilt von derjenigen, welche man bei Struv und Hellfeld findet. Jener schreibt: probatio est actus judicialis, quo per idonea argumenta de facto aliquo, de quo in judicio controversia est, judici fit fides [5]). Dieser: Probatio est actus, quo judici de veritate facti dubii, quod causae decisionem ingreditur, fides fit [6]). Einfacher ist die Erklärung, die Heineccius gibt: Probatio est actus judicialis, quo de facto dubio judici fit fides [7]). Weber begnügt sich, 1) den philosophischen Begriff des Beweises anzugeben, und setzt dann 2) hinzu: In der Reihe der Prozeßhandlungen wird durch Beweisen im förmlichen Verstande die Handlung bezeichnet, da eine Partei

---

[3]) *Schaumburg* princ. prax. jur. lib. 1. sect. 1. membr. 3. §. 1.

[4]) *Schaumburg* Comp. jur. Dig. tit. de probat. §. 2.

[5]) *Struv.* Syntagma juris civilis tit. de prob. §. 2.

[6]) *Hellfeld* jurispr. forensis §. 1144.

[7]) *Heineccii* elem. jur. civ. §. 115.

rechtsgültige Gründe beibringt, um den Richter, als solchen, von einer Behauptung, die er sonst nicht als wahr anzunehmen hätte, zu überzeugen [8]). Dieser Begriff will mir schon deshalb nicht genügen, weil er sich von den bis dahin gewöhnlichen Erklärungen auf einmal zu weit entfernt. Sodann ist er aber auch zu unbestimmt. Er läßt die Frage bei Seite liegen, was es sey, was der Richter ohne Beweis nicht für wahr anzunehmen habe. Endlich ist darin von Gründen und von der Ueberzeugung des Richters, als dem Resultat dieser Gründe, die Rede. Beides gibt theils zu Mißdeutungen Gelegenheit, theils geht man dabei über dasjenige hinaus, was durch Beweis bezweckt und bewirkt werden kann. Als eine bloße Bemerkung am Ende des Werkes, wenn man erst über gewisse Resultate aufs Reine gekommen ist, wobei man es nicht ganz so strenge nimmt, wie bei einer Definition, würde sie mir schon besser gefallen.

§. 7.

Ich glaube, es sey für die Wissenschaft und den Leser genug gesorgt, wenn man sagt: Beweis ist die Handlung, wodurch man dem Richter die Wahrheit eines Thatumstandes glaubwürdig macht; wobei ich dann unter dem Thatumstande Alles verstehe, was, wie ich glaube, die Rechtsgelehrten auch damit gemeint haben, nämlich Alles, was man nur durch Erfahrung wissen kann oder der Richter von Anderen erborgen muß. Mehr gehört nicht zum Begriff; und auch nicht weniger. Denn wenn 1) Manche den streitenden Theil als Beweisführer in den Begriff aufnehmen, thun sie nicht wohl daran. Zwar ge-

---

[8]) Weber über die Verbindlichkeit zur Beweisführung im Civilprozeß. S. 3 und 4.

wöhnlich, fast immer, doch nicht gerade in allen Fällen beweis't nur der streitende Theil; es kann auch seyn, daß ein Dritter dem Richter Beweis zu führen hat, z. B. einer, der für den streitenden Theil auftritt, beweis't, daß er von diesem Auftrag erhalten habe, der Advocat, daß er zu diesem Amt berufen sey. 2) Es kömmt ferner, so wichtig es in anderer Hinsicht auch ist, bei Feststellung des Begriffs nicht das Allergeringste darauf an, ob die Thatsache zweifelhaft, ob sie bestritten, ob sie auf die Entscheidung der Sache von Einfluß ist. Sey sie dieß alles oder sey sie es nicht; bewiesen wird sie, wenn sie dem Richter glaubwürdig gemacht wird. Hat Jemand, hat namentlich ein streitender Theil, der einen gewissen Thatumstand bewiesen hat, ihn weniger bewiesen, weil er nicht nöthig gehabt hätte, ihn zu beweisen? Eine andere Frage ist, was ist Beweis, und eine andere, in welchen Fällen bedarf es des Beweises. Es ist daher obige kurze Erklärung vorzuziehen.

Weil es indessen möglich ist, daß der Richter glaubwürdig findet, wo rechtlich vollgültige Beweise fehlen, so würde jener Begriff vielleicht noch besser so lauten: Beweis ist die Handlung, wodurch man dem Richter die Wahrheit einer Thatsache in der Art glaubwürdig macht, daß er von Rechtswegen genöthigt ist, sie für wahr anzunehmen. Wer beweis't, thut dem Gesetz Genüge; er zwingt, unter dem Beistande des Gesetzes, den Richter, die Wahrheit der Thatsachen, die er behauptet hat, anzuerkennen. Zwar pflegt man auch das schon beweisen zu nennen, wenn bloß die Handlung vorgenommen wird, welche auf Hervorbringung jenes Glaubens gerichtet ist, ohne Rücksicht darauf, ob sie von Rechtswegen dazu tauglich ist oder nicht. Dieß ist aber nicht sowohl beweisen,

als vielmehr den Versuch machen, zu beweisen. Beweisen im eigentlichen Sinn, ist, vollen Beweis führen, wie er nach den Gesetzen bei Gericht erforderlich ist. Ihm entspricht der römische Ausdruck: Probare, welches bedeutet, das Ungewisse gewiß machen. Probare, bemerkt Brisson, vulgata significatione est, quod dubium et obscurum, certum reddere et efficere. Kurz, die Ausdrücke, beweisen und Beweis deuten, wie das römische *probare*, vollen Beweis an. Ein nicht voller Beweis ist kein Beweis, sondern nur eine Annäherung daran.

§. 8.

Ich habe hier den gerichtlichen Beweis erklärt. Da es aber möglich ist, daß auch andere Behörden, als Gerichte, über factische Behauptungen Beweise fordern, z. B. Polizeibehörden, so kann man noch auf andere Art zu Werke gehen. Man kann nämlich zuvörderst von demjenigen, der den Beweis fordert, hinwegsehen und vom Beweise über Thatsachen im Allgemeinen handeln. Dieser ist dann die Handlung, wodurch die Wahrheit einer gewissen Thatsache glaubwürdig gemacht wird, und eine Unterart desselben ist der Beweis, der vor Gericht geführt wird und den die Rechtsgelehrten gewöhnlich im Sinne haben, wenn sie vom Beweise handeln. Auf solche Art geht Brisson zu Werke. Probatio, bemerkt er, est actus, quo cuicunque, maxime vero judici, fit fides. Das ist eine Erklärung, an der sich nichts aussetzen läßt, wenn er nur die Thatsache nicht verschwiegen hätte, die indessen in dem Glauben, welcher erregt werden soll, eingehüllt liegen mag. Auch Georg Ludwig Böhmer handelt zuerst vom Beweise im Allgemeinen und vergißt dabei auch die Thatsache nicht. Probatio in genere est actus, quo de

veritate facti alicui fit fides. Sodann handelt er im folgenden Paragraphen insonderheit vom gerichtlichen Beweise, indem er bemerkt: Probatio judicialis est, quae ab altero litigantium peragitur in judicio. Ex fine judicii adstricta est ad facta, in judicio controversa et quae decisioni litis vel directo vel per indirectum inservire possunt [1]). Ich habe schon bemerkt, daß es nicht bloß streitende Theile sind, die bei Gericht beweisen und daß streitige Thatsachen nicht in den Begriff gehören.

§. 9.

Beinahe hätte ich hier vergessen, eine Bestätigung des aufgestellten Begriffs vom Beweise aus einer Quelle herzuleiten, die, wenn sie dergleichen darbietet, billig vor allen anderen in Betrachtung kömmt. Ich meine das Ansehen der römischen Rechtsgelehrten. Aus folgender Stelle des Pomponius erhellet, daß auch ihnen Beweisen nichts anderes ist, als Thatsachen glaubwürdig machen. Ad fidem rei gestae faciendam — also, mit Einem Wort, zum Beweise — etiam non rogatus testis intelligitur [1]). Eben so bemerkt Callistratus [2]): Ejusdem quoque principis exstat rescriptum ad Valerium Verum de excutienda fide testium, in haec verba: quae argumenta ad quem modum probandae cuique rei sufficiant, nullo certo modo satis definiri potest. Sicut non semper, ita saepe sine publicis monumentis cujusque rei veritas deprehenditur. Alias numerus testium, alias dignitas et auctoritas, alias veluti consentiens fama confirmat rei, de qua quaeritur, *fidem*. Hoc ergo solum tibi rescribere pos-

---

[1]) *G. L. Boehmer* princ. jur. can. §. 768. 769.

[1]) L. 11. D. de testibus.
[2]) L. 3. §. 2. D. de testibus.

sum summatim, non utique ad unam probationis speciem cognitionem, statim alligari debere: sed ex sententia animi tui te aestimare oportere, *quid aut credas, aut parum probatum tibi opinaris.* §. 3. Idem Divus Hadrianus Junio Rufino Proconsuli Macedoniae rescripsit, testibus se, non testimoniis *crediturum.* Etc. etc.

Zweiter Theil.

Von den Mitteln des Beweises.

§. 1.

Der Beweis ist, wie wir gehört haben, eine Handlung nicht des Richters, sondern eines streitenden Theils u. s. w., wodurch der Letztere dem Richter u. s. w. die Wahrheit einer Thatsache glaubwürdig macht. Es kann daher unter Beweismitteln nichts anderes verstanden werden, als Mittel, die ein streitender Theil anwendet, um zu diesem Zweck zu gelangen und die auch, entweder für sich oder in der Verbindung mit anderen, zu diesem Zweck tauglich sind. Die Beweismittel sind die verschiedenen Arten, wie jene Handlung, wovon hier die Rede ist, das Beweisen, sich äußert; es sind *genera probationum.* Von ihnen oder den *mediis probandi* sind zu unterscheiden diejenigen Mittel, die der Richter von Amtswegen anwendet, die Wahrheit zu erforschen oder die *media eruendi veritatem* [1]), wohin namentlich der Erfüllungseid und der Reinigungseid gerechnet wird, wohin aber auch alle anderen Gründe gerechnet werden können, wodurch der Richter die

---

[1]) *Nettelbladt* jurispr. gen. §. 100.

Wahrheit erkennt, besonders, wenn sie in äußerlichen Handlungen bestehen. Nur von den letzteren oder vielmehr nur von solchen, wobei es mit der bloßen Thätigkeit des Richters nicht gethan ist, sondern auch Andere zur Thätigkeit genöthigt werden, pflegt der Ausdruck gebraucht zu werden. Diejenigen Mittel, wodurch der Richter etwas als wahr oder glaubwürdig erkennt, die ihm aber nicht von den streitenden Theilen dargereicht werden, können nie Beweismittel genannt werden. Sich selbst kann man nichts beweisen; Beweisführung und also auch der Gebrauch von Beweismitteln setzt immer voraus, daß ein Anderer da ist, auf dessen Erkenntnißvermögen man wirken will. Der Unterschied zwischen einem Beweismittel und einem sonstigen Grunde des Wissens oder Glaubens auf Seiten des Richters ist von Wichtigkeit. Es ist eben so wichtig, als es die Frage ist, was muß bei einem Rechtsstreit und beim Beweise der Richter und was der streitende Theil thun. Gerade hierauf kömmt es an, wenn man wissen will, welche sind Beweismittel und welche nicht.

§. 2.

Welche Beweismittel es gibt, darüber weichen die Rechtsgelehrten in ihren Ansichten nicht wenig von einander ab. Danz zählt sieben. Beweis kann nach ihm geführt werden: 1) durch Geständniß; 2) durch Zeugen; 3) durch Urkunden; 4) durch Augenschein; 5) durch Kunstverständige; 6) durch Vermuthungen und Schlüsse; 7) durch Eide [1]).

Wenn wir zuvörderst die Sache aus dem höheren Standpunkt betrachten, welcher über alle positiven Gesetze erhaben liegt, wenn wir hier nichts als eine Aufgabe der

---

[1]) Danz Grundſ. des ord. Proz. §. 238.

reinen Vernunft lösen wollen, so werden wir bald finden, die Mittel, wodurch Beweis geführt wird, können keine andern seyn, als Zeugen und Urkunden. Es handelt sich hier von Dingen, die man nur durch die Erfahrung wissen kann, und da der Richter, der Voraussetzung zufolge, die Erfahrung nicht selbst gemacht hat, so bleibt nichts übrig, als daß er sich die Erfahrung Anderer zu nutze mache. Was der Richter als geschehen oder gewesen durch eigene Beobachtung nicht erforscht hat, soll er dennoch für wahr annehmen; was er nicht weiß oder nicht wissen kann, das soll er glauben. Dieser Glaube kann nur erregt werden durch Zeugnisse, durch deren Vermittelung die Kenntniß auf einem Umwege, gleichsam aus der zweiten Hand, zu dem Richter gelangt, nämlich durch die Aussage von Personen, welche bei der Begebenheit, als sie geschah, zugegen und aufmerksam darauf waren und deren Erfahrung der Richter, indem er ihrer Aussage traut, zu der seinigen macht, imgleichen durch Urkunden, welche die Begebenheit, wovon die Rede ist, durch das darin liegende Bekenntniß oder Zeugniß oder durch ihr bloßes Daseyn bezeugen. — Diese Zeugnisse, diese Urkunden sind dann die Gründe, aus welchen die Wahrheit des zu beweisenden Satzes entweder mittelbar oder unmittelbar hervorgeht. Sie können zwar nur uneigentlich Gründe, wodurch die Wahrheit zu erkennen wäre, genannt werden, aber wenigstens dienen sie statt der Gründe für die *veritas forensis*, und auf solche Art wird der juridische Begriff des Beweises auf den philosophischen zurückgeführt. — Es können zwar auch die Umstände es wahrscheinlich machen, daß dieß oder jenes geschehen oder gewesen sey, aber die Schlüsse aus ihnen sind zu unsicher, als daß sie allein hinreichen sollten, ein Glauben,

wenig=

wenigstens ein solches, wie es bei Gericht erforderlich ist, wo Rechte und Wohlfahrt von Menschen auf dem Spiel stehen, zu erregen, und das Gesetz kann sich mit bloßen Vermuthungen, die aus den Umständen hervorgehen, welche selbst noch oft des Beweises bedürfen, wenigstens über Dinge nicht begnügen, welche in die Sinne fallen und über welche Erfahrung und Zeugniß möglich sind.

§. 3.

Das römische und canonische Recht stimmen darin überein, daß es keine andere Beweismittel gibt, als Zeugen und Urkunden. Was folgt in den Pandecten auf den Titel: de probationibus? Etwa die Lehre vom Geständniß, Augenschein, Kunstverständigen, Vermuthungen, Schlüssen u. s. w.? Nein, bloß von Zeugen und Urkunden ist die Rede. Auf den Titel de probationibus folgt der Titel: de fide instrumentorum, dem sich der Titel de testibus anschließt, und dann wird zu anderen und heterogenen Materien übergegangen. Und eben so ist es im Codex, bloß mit dem Unterschiede, daß der Titel: de testibus vorangeht und der Titel: de fide instrumentorum darauf folgt. Fast auf dieselbe Weise geht das canonische Recht zu Werke. Denn, nachdem vom Beweise die Rede gewesen im Titel de probationibus, dem der Titel *de confessis* vorhergeht, wird in den folgenden Titeln bloß von Zeugen und Urkunden gehandelt, denen sich Titel *de praesumtionibus* und *de jurejurando*, weil es verwandte Materien sind, anschließen. Dann folgt die Lehre von den Einreden u. s. w. Also ist es in den Decretalen Gregors IX. Außer diesen haben nur noch die Clementinen einen Titel *de probationibus*, dem sich zwei andere de testibus und dann einer

de jurejurando anschließt, worauf wieder einer de exceptionibus folgt.

Neben den Beweismitteln, welche nur Zeugen und Urkunden sind, statuirt das römische Recht indessen auch Beweisgründe, argumenta [1]), worunter nur das verstanden werden kann, was aus zugestandenen oder bekannten Thatsachen, aus der Natur der Sache, den Verhältnissen der streitenden Theile, der Beschaffenheit des Objects u. s. w. mit Wahrscheinlichkeit geschlossen werden kann. Indicien nennt es die Glosse [2]). Aber Mittel, wodurch Beweis geführt wird, sind nur Zeugen und Urkunden.

Das canonische Recht stellt bekanntlich den Grundsatz auf: Wer bewiesen hat, darf nicht genöthigt werden, das noch zu beschwören, was er bewiesen hat, und dieß wird dadurch ausgedrückt, daß es heißt, wer durch Zeugen oder Urkunden Beweis geführt hat, der hat nicht nöthig, zu schwören, zum offenbaren Beweise, daß außer der Eideszuschiebung, welche die Stelle des Beweises vertritt, nur Zeugen und Urkunden die einzigen wahren Beweismittel sind [3]).

Anders ist, wenn über dasjenige Beweis geführt wer-

---

[1]) L. 2. C. de testibus.

[2]) ad l. 2. C. de test.

[3]) Es heißt nämlich: Sane apud Vos consuetum esse didicimus, ut cum aliquis intentionem suam fundaverit instrumentis aut testibus introductis, ei sacramentum nihilominus deferatur: quod si subire noluerit, fides probationibus exhibitis non habeatur. Quod cum nulla sit ratione subnixum, sed manifeste legibus adversetur, quae tunc demum ad hujusmodi suffragium decurrendum esse decreverunt, quum alia legitime non suppetunt, talem consuetudinem reprobamus, nec ullam habere firmitatem deinceps sancimus. cap. 2. X. de probat.

den soll, was seiner Natur nach so geartet ist, daß es sich der Beobachtung entzieht, indem es im Verborgenen vorgeht, wie dieß namentlich der Fall ist bei Allem, was im Inneren des Menschen vorgeht, wie böser Vorsatz und redliche und unredliche Gesinnung. Da das Gesetz das Unmögliche nicht fordern kann, muß es sich hier, wenn kein Geständniß zu haben ist, mit demjenigen, was sonst nicht ausreicht, mit Argumenten und Indicien, begnügen. Daher heißt es in einer Stelle des Codex: Dolum ex indiciis perspicuis probari convenit [4]).

§. 4.

Auch die alten Rechtsgelehrten nahmen zum Theil schon an, daß es nur zwei Beweismittel gibt, nämlich Zeugen und Urkunden. So lehrt Struv [1]): Probatio est actus judicialis, quo *per idonea argumenta* de facto aliquo, de quo in judicio controversia est, judici fit fides, und setzt dabei in der Note hinzu: Argumentorum nomine comprehenduntur testes et instrumenta. Ebenso Perez: nullum genus probationis est, quod testium aut instrumentorum fide non constet [2]). Auch Huber erwähnt keiner anderen Beweismittel [3]). Die Alten unterschieden zweierlei

---

[4]) L. 6. C. de dolo malo. *L.* 5. §. 6. *D. de re militari.* A barbaris remissos milites ita restitui oportere Hadrianus rescripsit, si probabunt se captos evasisse, non transfugisse, sed hoc licet liquido constare non possit, argumentis tamen cognoscendum est, et si bonus miles antea aestimatus fuit, prope est, ut adfirmationi ejus credatur; si remansor, aut negligens suorum, aut segnis, aut extra contubernium agens: non credetur ei.

[1]) Syntagma tit. de prob. §. 2.

[2]) *Perez* ad tit. C. de probat. nr. 3.

[3]) *Huber* Prael. tit. de probat. § 3.

Art von Beweis, den lebendigen durch Zeugen, *probatio viva* oder vivae vocis, und den todten durch Urkunden, probatio mortua. Diesen Unterschied stellten schon die Glossographen auf [4]). Voet nimmt zwar mehrere Beweismittel an; er unterscheidet indessen ordentlichen und außerordentlichen Beweis und rechnet zu dem ersteren nur Zeugen und Urkunden [5]).

§. 5.

Das Geständniß.

Gehen wir jetzt die Mittel einzeln durch, welche die Rechtsgelehrten neben den Zeugen und Urkunden zu den Beweismitteln rechnen. Wir werden bei dieser Musterung immer aufs Neue die Bestätigung finden, daß sie nicht dazu gehören.

Zuerst kömmt das Geständniß, welches die Alten die Königin der Beweise nennen. Es ist nicht schwer, zwischen diesen beiden Dingen zu unterscheiden: wodurch wird ein gewisses Ereigniß, ein vorübergegangener Zustand, erwiesen, und was ist geeignet, diesen Beweis unnöthig zu machen. Das Geständniß gehört in die letztere Classe. Der streitende Theil, der es für sich hat, ist nicht genöthigt, das Zugestandene zu beweisen; das Geständniß überhebt ihn der Beweislast, die ihm sonst obgelegen haben würde. Es ist wahr, wenn der Gegner die Thatsache zugesteht, dann gelangt die Wissenschaft, oder vielmehr der Glaube, durch das Geständniß zu dem Richter; das Geständniß enthält den Grund, weshalb der Richter genöthigt ist, die Thatsache

---

(4 S. die Glosse zu der Ueberschrift des Titels der П. de testibus.

5) *Voet* ad tit. Dig. de testibus §. 2.

für wahr zu halten, und in diesem Sinne ist es zu nehmen, wenn das Geständniß in den Gesetzen Beweis genannt oder, wenn gesagt wird, daß durch das Geständniß dieß oder jenes bewiesen werde [1]); aber es ist doch immer kein Mittel, dessen sich ein streitender Theil und namentlich der Beweisführer bedient, um dem Richter die Wahrheit einer Thatsache glaubwürdig zu machen; es kömmt auf einem anderen Wege, wie der Beweis, wie Zeugniß und Urkunde, gerade von der entgegengesetzten Seite zu dem Richter. Und, um es kurz zu sagen, es ist kein Beweismittel, sondern vertritt nur, da dem Richter ohne das Geständniß der Beweis hätte geführt werden müssen, der nun in dem Geständniß enthalten ist, die Stelle eines solchen. Als ein wirkliches Beweismittel dient es nur, wenn es vor dem Streit, oder nicht vor dem und zwar diesem Richter abgelegt ist, jedoch gelangt es dann durch Zeugniß oder Urkunde an den Richter, ist also in jenen beiden Mitteln enthalten.

§. 6.

Die Eideszuschiebung beim Beweise.

In dem Eide bietet das römische Recht uns ein schnell wirkendes Mittel dar, einen Streit zu Ende zu bringen. Unser Prozeß, wenn er es nicht vorgefunden hätte, würde nichts davon wissen. Bei den Römern beruhte es ursprünglich auf Gewohnheit [1]), ist auch dem attischen Recht und den Gesetzen anderer alten Völker nicht fremd [2]), und wie

---

[1]) L. 1. §. 1. D. de interrogat. in jure. c. 1. de confessis in 6to. clem. 4 de elect. c. 6 X. de renunc. cap. 15. X. de restit. spoliator.

[1]) L. 1. D. de jurejur.

[2]) Der attische Prozeß von Meier und Schömann. S. 686.

es nach römischem Recht auch außergerichtlich benutzt werden kann, kömmt es besonders im Lauf des Prozesses vor, da es dann entweder, unter Leitung des Richters, von einem der Streitenden dem anderen zugeschoben oder vom Richter dem einen aufgelegt wird. Hier haben wir es mit dem zugeschobenen Eide zu thun.

Oft tritt der Fall ein, daß Beweise fehlen. In solchen Fällen bleibt demjenigen, dem der Beweis aufgelegt ward, gewöhnlich noch dieß Mittel, er kann über die Wahrheit seiner Behauptung dem Gegner den Eid zuschieben, und das Gesetz zwingt diesen, entweder zu zahlen oder zu schwören, falls er nicht etwa, wie ihm freigestellt wird, den Eid zurückschieben will.[3]) Indessen findet die Eideszuschiebung doch nicht bloß in subsidium statt. Der Beweisführer kann von diesen Mitteln selbst dann Gebrauch machen, wenn ihm andere Beweismittel zu Gebote stehen, denn die Gesetze gewähren es ihm als ein allgemeines, auf Beendigung des Streits abzielendes, Mittel beim Beweise, indem sie es nicht auf Fälle, da Beweise fehlen, beschränken.[4])

Diese Eideszuschiebung nun wird wie ein Beweismittel gebraucht; das Gesetz, welches Jemanden einen Beweis aufgelegt hat, wird auch durch Eideszuschiebung zufrieden gestellt und, wie das Gesetz sich damit begnügt, versteht es sich, daß auch der Richter sich damit begnügen muß; aber sie ist doch immer kein wirkliches Beweismittel. Der verweigerte Eid vertritt nur die Stelle des gelungenen, der geleistete die Stelle des mißlungenen Beweises. Schon früher ist hiervon die Rede ge-

---

[3]) L. 34. §. 6. D de jurejur. | [4]) L. 25. §. 3. D. de probat.

wesen. Es ward schon früher bemerkt, daß schon nach der Lehre der Alten der Eid, den ein streitender Theil dem anderen zuschiebt, kein Mittel sey, Beweis zu führen, sondern sich vom Beweise frei zu machen [5]). Mevius zieht hieraus die Folge, daß, wenn Jemand sich durch Vertrag zum Beweise verbindlich gemacht hat, er dieser Verbindlichkeit dadurch kein Genüge leistet, daß er dem Gegner den Eid zuschiebt [6]). Man sieht, daß die Sache auch in practischer Hinsicht nicht ohne Bedeutung ist [7]).

Allein, was schon in alter Zeit gelehrt ward, ward auch schon in alter Zeit bestritten. Unter den Alten war ein großer Zwiespalt darüber, ob die Eideszuschiebung ein wirkliches Beweismittel sey oder nicht. Einige behaupteten, Andere leugneten es. Die ganze Sache ist in Vergessenheit gerathen. Die Neueren wissen kaum noch von diesem Streit. Sie nehmen die Eideszuschiebung bona fide für das an, wofür sie in den Lehrbüchern gegeben wird und die besser Unterrichteten haben für sie nur vergebens sich angestrengt. Ich will mich nicht dabei aufhalten, alle diejenigen namhaft zu machen, die das Eine oder Andere behaupteten; die Sache scheint mir nicht schwierig genug, um sie mit so großer Wichtigkeit zu behandeln. Ich lasse den J. H. Böhmer, der die Eideszuschiebung für ein Beweismittel erklärt [8]), die Partei, an deren Spitze er steht, vertreten, ich selbst will mich auf die andere Seite stellen, um mit ihm eine Lanze

---

[5]) Unter Beziehung auf L. 3. pr. D. de jurejur. behaupteten dieß die Alten.

[6]) *Mev.* P. 5. dec. 17.

[7]) Mevius ist sich übrigens selbst nicht getreu geblieben. *Mev.* P. 6. dec. 405. Nota 4.

[8]) Exercitat. ad Π. tom. 3. ex. 47. §. 5 sq.

zu brechen. Den eigenen Sohn dieses würdigen Gegners hielt die Achtung vor dem Vater zurück, ihn geradezu zu bekämpfen; daß er anderer Meinung war, sieht man deutlich [9]).

J. H. Böhmer beweist seine Behauptung durch die Natur der Sache. Quicquid judici, bemerkt er, de facto dubio legitime facit fidem, ut scilicet assensum suum assertis praebere possit, illud quoque est probationis species. Wenn der Gegner unsere Behauptung bestreitet und wir ihm den Eid darüber zuschieben, so verlangen wir von ihm, daß er seine entgegengesetzte Behauptung eidlich betheuern soll. Wir wollen also nicht sowohl unsere Behauptung glaublich machen, als wir von ihm begehren, daß er die seinige glaublich mache. Ja, wir wollen die unsrige ganz aufgeben; nicht uns, sondern ihm soll geglaubt werden, wenn er schwören wird. Nimmt der Gegner den Eid an und schwört ihn, geschieht also das, was der streitende Theil verlangt und was zur Eideszuschiebung mit gehört, so ist der Beweis mißlungen. Wie kann also das ein Beweismittel seyn, wodurch etwas nicht bewiesen, sondern der Beweis verfehlt wird?

Zwar, um mir selbst einen Einwand zu machen, wenn Jemand einen Eid zuschiebt, thut er es mit der Aussicht auf die Verweigerung desselben, die den Gegner einem Gestehenden gleich stellt und auf solche Art den zu beweisenden Satz wahr macht. Und dennoch sage ich, der zugeschobene Eid sey kein Beweismittel.

Man muß hier zuvörderst zweierlei unterscheiden: 1) die Eideszuschiebung an sich, und 2) den in Folge derselben geleisteten oder verweigerten Eid.

---

[9]) *G. L. Boehmer* electa jur. civ. tom. 2. ex. 14. §. 2.

Die Eideszuschiebung an sich kann niemals ein Beweismittel seyn. Niemand macht seine Behauptung bloß dadurch glaublich, daß er von seinem Gegner begehrt, er solle das Gegentheil beschwören. Schwört der Gegner den Eid, so ist auch dieß kein Mittel, wodurch bewiesen wird; man könnte eher sagen, es sey ein Mittel, nicht zu beweisen. Schiebt er ihn aber zurück und der ihn zuschob, schwört den Eid, so würde selbst in diesem Fall, da der eigene Eid nimmer ein Beweismittel ist, sondern nur ein Mittel, einen mangelhaften Beweis zu ergänzen, der Eid die Stelle des Beweises bloß vertreten. Es findet aber die Zurückschiebung des Eides in vielen Fällen gar nicht statt, und könnten überhaupt bei der Frage, ob die Eideszuschiebung ein Beweismittel sey, die bloß möglichen Folgen dieser Handlung in Betrachtung kommen, so würde sie auch dann kein Beweismittel, oder höchstens es nur in seltenen Fällen seyn. Es bliebe also nur übrig die Verweigerung des Eides; auch diese ist kein Beweismittel. Durch die Weigerung des Gegners, den zugeschobenen Eid zu schwören, wird es keinesweges glaublich gemacht, daß die Behauptung desjenigen wahr sey, der den Eid zuschiebt. Die Verweigerung des Eides kann auf anderen Gründen beruhen, als dem Bewußtseyn, unrecht zu haben, welches, wenn es ja vorhanden ist, ohnehin auf Irrthum beruhen kann; es kann Scheu vor dem Eide, Furcht vor dem Verdacht des Meineides, Mangel der Erinnerung u. s. w. dabei zum Grunde liegen. Daß der Gegner als ein Gestehender anzusehen ist oder wenigstens als ein solcher behandelt, daß er verurtheilt wird [10]), das ist eine Folge, die das Gesetz mit der Weigerung, zu schwören,

---

[10]) L. 34. §. 9. L. 38. D. de jurejurando.

verbunden hat; an und für sich wird dadurch nichts bewiesen, nichts zugestanden. Es könnte wohl ein Verdacht, nie aber ein wirkliches Geständniß, daraus hergeleitet werden. Ueberhaupt weiß der rationelle Prozeß von der ganzen Eideszuschiebung nichts; sie ist etwas durch die Gesetze Gegebenes. Ohne positives Recht würde ein Beweisführer nicht, statt zu beweisen, vom Gegner verlangen können, er solle schwören, und verlangte er es, würde der Gegner ein solches Verlangen von sich weisen und den zugeschobenen Eid verweigern können, ohne nachtheilige Folgen befürchten zu dürfen. Schon hieraus kann man wissen, daß die Eideszuschiebung kein Beweismittel sey.

Seine entgegengesetzte Behauptung sucht Böhmer hauptsächlich durch Stellen des römischen Rechts zu begründen. Ehe ich diese Stellen selbst in Betrachtung ziehe, muß ich hier, der größeren Sicherheit wegen, gleich Anfangs einen Einwand machen. Soll etwas gegen uns bewiesen werden, so bemühen wir uns zuerst, die Gültigkeit des Mittels anzufechten. So will auch ich zu Werke gehen. Ich sage also, das Beweismittel, was Böhmer gewählt hat, hat keine Kraft. Denn gesetzt, es gäbe Stellen im römischen Recht, welche die Behauptung Böhmers bestätigten, ja geradezu sagten, die Eideszuschiebung sey ein Beweismittel, hätte er seinen Satz dadurch bewiesen? Nein, ich, der da sagt, sie sey keins, könnte immer Recht haben, wenn auch zwanzig römische Rechtsgelehrten das Gegentheil versicherten. Wahrheiten dieser Art liegen außer dem Bereich der Gesetze. Aber jene Stellen beweisen nicht für, sondern gegen Böhmer. Daß die Eideszuschiebung ein Beweismittel sey, erhellet daraus nicht, sondern, daß sie statt eines Beweismittels gebraucht werde. Auch ohne

die Stellen gelesen zu haben, kann man dieß a priori wissen. Den römischen Rechtsgelehrten kann man eher alles Andere absprechen, nur nicht den glänzendsten Scharfsinn, und vermöge desselben konnte ihnen ein Unterschied zwischen zweien Dingen niemals entgehen, wenn er auch noch so fein gewesen wäre, was er in diesem Fall aber nicht ist.

Die erste Stelle rührt von Paulus her.

L. 25. §. 3. *D. de probat.*

In omnibus autem visionibus, quas praeposuimus, licentia concedenda est ei, cui onus probationis incumbit, adversario suo de rei veritate jusjurandum inferre, prius ipso pro calumnia jurante, ut judex juramenti fidem secutus, ita suam sententiam possit formare, jure referendae religionis ei servando.

Diese Stelle — die übrigens eine Hauptstelle für die Eideszuschiebung ist und die hauptsächlichen Grundsätze, die für den Gebrauch derselben gelten, die Folgen der Eidesleistung, das Recht des Gegners, zuvor zu verlangen, daß der Zuschiebende de calumnia schwöre, das Recht, den Eid zurückzuschieben u. s. w. in aller Kürze in sich schließt — bedeutet hier nichts.

Sie sagt nichts weiter, als woran Niemand zweifelt, nämlich, daß nach römischem Recht derjenige, dem die Last des Beweises obliegt, die Befugniß habe, sich dieser Last dadurch zu entledigen, daß er dem Gegner über die zu beweisende Thatsache den Eid zuschiebt und daß der Richter, wenn er den Eid geleistet hat, den beschworenen Satz für wahr annimmt und bei seiner Entscheidung zum Grunde legt. Daß der Eid ein Beweismittel sey, wird nicht gesagt; er könnte hier überhaupt nur Mittel des Gegenbeweises

seyn, und noch weniger wird bemerkt, was hier doch bewiesen werden sollte, daß die Zuschiebung des Eides zu den Beweismitteln gehöre.

Ebenso wenig beweis't

2) der Ausspruch des Ulpian in der folgenden Stelle:

L. 5. §. 2. *D. de jurejur.*

Dato jurejurando non aliud quaeritur, quam, an juratum sit: remissa quaestione, an debeatur: quasi satis probatum sit jurejurando.

Die Stelle spricht gar nicht davon, daß Jemand durch Zuschiebung des Eides einen ihm obliegenden Beweis führen könne, sondern, daß der beschworene Satz für wahr anzunehmen sey, nicht, weil er durch den Eid bewiesen worden, sondern weil es eben so gut ist, als hätte der streitende Theil ihn bewiesen, wenn der Gegner damit zufrieden war, daß er, statt ihn zu beweisen, ihn beschwören solle.

Etwa dasselbe lehrt Ulpian in einer anderen Stelle:

L. 11. §. 3. *D. eod.*

— perinde haberi, quod juratum est, atque si probatum esset.

Beide Stellen lehren deutlich, daß die Leistung des Eides kein Beweismittel sey, sondern ein Mittel, welches die Stelle des Beweises vertritt. Von Zuschiebung des Eides ist gar nicht die Rede.

Endlich kann es auch 4) nicht in Betrachtung kommen, wenn Justinian, indem er Gläubigern, Vermächtnißnehmern u. s. w. das Recht einräumt, zu beweisen, daß der Erbe in dem Inventario gewisse zum Vermögen des Erblassers gehörige Stücke ausgelassen habe, zu den *legitimis modis*, *quod superfluum est*, *approbare*, auch das *sacramentum* des Erben, *si aliae probationes defece-*

rint, rechnet [11]). Dieser Ausdruck beweis't eben so wenig, als wenn in unseren Lehrbüchern die Eideszuschiebung zu den Beweismitteln gerechnet wird, oder vielmehr, er beweis't, wo möglich, noch weniger, weil es hier nur um einen kurzen Ausdruck zu thun war und auf den Unterschied zwischen einem Beweismittel und der Eideszuschiebung, die an Stelle eines solchen gebraucht wird, weiter nichts ankam. Dem Rechtsgelehrten gebührt es in allen Fällen, das Eine von dem Anderen gehörig zu unterscheiden, vom Gesetzgeber kann dieß nicht immer verlangt werden. Ja, so gut dergleichen Unterscheidungen dem Lehrer anstehen, so übel kleiden sie oftmals den Gesetzgeber.

Wohl aber kömmt es 5) gar sehr in Betrachtung, wenn Paulus von demjenigen, welcher die Richtigkeit seiner Forderung beschworen hat, sagt, er könne wegen der Ableugnung das **Duplum** nicht fordern, und als Grund anführt, er sey ohnehin genug dadurch begünstigt, daß er, statt zu beweisen, schwören durfte, womit er wohl eigentlich sagen will, er habe ja gar nicht bewiesen. *Abunde enim sufficere, exonerare petitorem probandi necessitate.* Dieß sind seine eigenen Worte, die alle etwa noch übrigen Zweifel vollends niederschlagen. Man sieht daraus deutlich, daß Zuschiebung und Leistung des zugeschobenen Eides kein Beweismittel, schwören nicht beweisen sey.

Es bleibt also dabei. Die Eideszuschiebung ist kein Beweismittel. Sie ist vielmehr an sich nichts weiter, als ein Versuch, den der Beweisführer anstellt, den Gegner zum Geständniß zu nöthigen, der eben so leicht fehlschlagen, als gelingen kann. Und wenn er gelingt, so ist nicht dieser

---

[11]) L. fin. § 10. C. de jure deliberandi.

Versuch, sondern der Erfolg ein Beweismittel und zwar in dem Sinn, wie das Geständniß eins ist, welches den Richter überzeugt, indem es den Beweisführer der Beweislast überhebt.

§. 7.

Vermuthungen und Schlüsse.

Vermuthungen und Schlüsse gehören auch nicht zu den Mitteln, die ein streitender Theil in Anwendung bringt, um zu beweisen. Wenn nach dem, was gewöhnlich zu seyn oder zu geschehen pflegt, oder nach der Art, wie, nach dem Zeugniß der Erfahrung, die Begebenheiten im Zusammenhange zu stehen und als Ursache und Wirkung auf einander zu folgen pflegen, das Gesetz, indem es aus der bekannten Begebenheit auf die unbekannte schließt, ein gewisses Ereigniß vermuthet, es einstweilen als geschehen annimmt, den Richter anweist, bis zum Beweise des Gegentheils daran zu glauben, kurz, wenn von s. g. Rechtsvermuthungen die Rede ist, dann hat das Gesetz gegen die sonstige Regel überhaupt keinen Beweis verlangt, es hat den Beweis, den es von dem streitenden Theil hätte fordern können, weil die Umstände für ihn sprechen, ihm erlassen, und es kann von keinen Mitteln die Rede seyn, wodurch der streitende Theil diesen Beweis zu führen hätte. Aber auch gemeine Vermuthungen und Schlüsse gehören nicht zu den Mitteln, wodurch ein streitender Theil dem Richter Beweis führt und deren Anwendung von ihm gefordert werden kann, wenn er will, daß der Richter ihm glauben soll. Wiewohl sie zu den Mitteln gehören, wodurch die Erfahrung bestätigt und überhaupt der zu beweisende Satz glaubwürdig gemacht wird, so sind sie doch mehr ein

Mittel für den Richter, als in den Händen eines streitenden Theils [1]).

Wenn die Frage, ob Beweis geführt sey, untersucht wird, dann können allerdings gemeine Vermuthungen und Schlüsse in Betrachtung kommen, jene, weil sie den Beweis unterstützen, wenn er auch durch sie allein nicht geführt werden kann, was bei echten Beweismitteln möglich ist, diese, weil sie den zu beweisenden Satz ausmachen können; allein ein Mittel für einen streitenden Theil, wodurch er seinen Beweis führen könnte, sind sie nicht. Wenn auch ein streitender Theil den Richter auf sie aufmerksam macht und sie insofern als ein Beweismittel von ihm gebraucht werden, so bleiben sie doch, was sie sind, nämlich etwas, was aus einer Operation des Verstandes hervorgehen und der Richter durch eigenes Nachdenken finden muß. Der streitende Theil, der ihm hierbei zu Hülfe kömmt, thut um seines Vortheils willen, was er zu thun nicht nöthig hätte. Denn es gehört zum Amt des Richters, sie zu machen; nur der Stoff dazu muß ihm gegeben werden. Und ist dieß geschehen, so sind sie von selbst schon da und dürfen nicht erst durch den streitenden Theil von außen herbeigebracht werden; und das müßten sie doch, wenn sie für echte Beweismittel gelten sollten. Ist es wohl jemals einem streitenden Theil, dem der Richter den Beweis aufgelegt hatte, eingefallen, statt Zeugen in Vorschlag oder Urkunden beizubringen u. s. w., den Richter binnen der Beweisfrist auf die Vermuthungen und Schlüsse aufmerksam

---

[1]) Richtige Ansichten über Geständniß und Vermuthungen als Beweismittel hat auch Grollmann Theorie des gerichtlichen Verfahrens §. 80.

zu machen, welche die Acten zu seinen Gunsten darbieten? Und sollte es ja geschehen, würde nicht der Richter antworten: Du hast gethan, was nicht von Dir verlangt ward, und unterlassen zu thun, was ich Dir geboten hatte. Folglich glaube ich Dir nicht und folglich hast Du Deinen Prozeß verloren. Schon daraus kann man sehen, daß Vermuthungen und Schlüsse keine Beweismittel sind.

Es bleiben sonach nur übrig Augenschein und Kunstverständige. Beide sind im Prozeß sehr wichtig und von ihnen ist etwas ausführlicher zu handeln. Hier kommen wir bei Beantwortung der Frage, ob sie zu den Beweismitteln gehören, so leicht nicht ab, wie in den vorigen Fällen.

§. 8.

Vom Augenschein.

Was also zuvörderst den Augenschein betrifft, so würde es nicht in Betrachtung kommen, was Gönner unter anderen anführt, daß er eine Handlung des Richters sey und daher zu den Beweismitteln im eigentlichen Sinn nicht gerechnet werden könne [1]). Mit dieser Bemerkung ist es hier nicht gethan. Die Einnehmung des Augenscheins ist freilich eine Handlung des Richters; aber die Abhörung der Zeugen ist auch eine, und da das Zeugniß ein Beweismittel ist, könnte auch der Augenschein ein solches seyn.

Wenn über den gegenwärtigen Zustand oder die Beschaffenheit einer Sache gestritten wird und der Richter im Stande ist, durch bloße Anschauung den Streit zu entscheiden,

---

[1]) Gönner Handbuch des Prozesses, zweiter Band, Abhandlung 44. §. 4.

den, ist er schon von Amtswegen verbunden, den Augenschein einzunehmen. Der Richter kann nicht sagen, beweise dieß, wenn er nur die Augen öffnen darf, um zu sehen, ob sich das, was der streitende Theil behauptet, so oder anders verhält, wobei es sich dann von selbst versteht, daß, wenn das Object nicht etwa eine bewegliche Sache ist und als solche ihm vorgelegt wird, er sich zu diesem Ende an Ort und Stelle begeben muß. Dieß ist ein Mittel, was zugleich mit dem Zweck im Amt des Richters enthalten ist, so daß es nicht erst nöthig ist, daß er durch den streitenden Theil zur Thätigkeit aufgefordert wird. Quod patet expresse, sagten die Alten, non est probare necesse. Es muß zwar so etwas, was ein streitender Theil über den gegenwärtigen Zustand oder die Beschaffenheit einer Sache behauptet, wahr seyn und sich bei der Untersuchung bestätigen, aber der streitende Theil hat nicht nöthig, es wahr zu machen oder m. a. W. zu beweisen, daß es wahr sey — wiewohl es in der Wirkung einerlei ist, ob etwas sich bei der vom Richter anzustellenden Untersuchung bestätigt oder der Beweis, den ein streitender Theil zu führen hat, gelingt, gleichwie es auf der andern Seite in der Wirkung dasselbe ist, ob jenes sich nicht bestätigt und der zu führende Beweis mißlingt. Ueberhaupt ist die Bestätigung etwas, was bei allen factischen Behauptungen erforderlich ist; sie muß überall hinzukommen, nur daß sie beim Beweise durch Handlungen des streitenden Theils bewirkt werden muß.

Zum Beweise des Satzes, daß der Richter den Augenschein ex officio einnehmen müsse, pflegen sich die alten Rechtsgelehrten auf folgende Stelle in den Pandecten zu berufen:

L. 8. §. 1. *D. Fin. reg.*

Ad officium de finibus cognoscentis pertinet, mensores mittere et per eos dirimere ipsam finium quaestionem, ut aequum est, si ita res exigit, oculisque suis subjectis locis.

Allein diese Stelle gehört nach meinem Ermessen gar nicht hierher.

Es war, wie aus dieser Stelle und einigen anderen von ähnlichem Inhalt hervorzugehen scheint, das Verfahren der Römer bei Gränzirrungen sehr einfach. Sie schickten den agrimensor, der die Grundstücke auszumessen und mit Gränzzeichen zu versehen hatte, wenn Streitigkeiten über die Gränze entstanden, an Ort und Stelle, damit er den Streit an Ort und Stelle schlichte [2]). Daß der Richter sich selbst an Ort und Stelle begeben solle, um den Augenschein einzunehmen, davon ist gar nicht die Rede, und noch weniger, daß er es ex officio thun müsse. Denn, wenn im römischen Recht an einzelnen Stellen gesagt wird, dieß oder jenes gehöre ad officium judicis, so bezieht es sich damit auf das Verhältniß des judex zum praetor. Nach unserer Rechtssprache gehört etwas *ad officium judicis*, wenn der Richter es von Amtswegen thun muß, obgleich er nicht dazu aufgefordert ist, der streitende Theil es nicht von ihm begehrt hat. Allein, eine ganz andere Bedeutung ist im römischen Recht damit verbunden. Darnach gehört etwas ad officium judicis, wenn der Richter es vornehmen darf, obgleich der Prätor es ihm nicht besonders aufgetragen

---

[2]) Ein ähnliches Verfahren fand, von Sesostris eingeführt, bei den Aegyptern statt, nach Herodot, 2. B. 109.

hat [3]). Damit ist nicht immer gesagt, daß er in jenem anderen Sinn ex officio verfahren dürfe. Vielmehr wird bei demjenigen, was nach römischem Recht zum officio judicis gehört, der Regel nach, vorausgesetzt, daß der streitende Theil es verlangt hat [4]).

Die Stelle gehört also in mehr als einer Hinsicht gar nicht hierher. Doch mag sie es leicht veranlaßt haben, daß die Richter bei Gränzstreitigkeiten ex officio auf Besichtigung zu erkennen pflegen, wenigstens finden sich Beispiele, daß dieß geschehen ist. Mir scheint dieß sehr unpassend zu seyn und zu einer heillosen Verwirrung des Prozesses zu führen. Bei Streitigkeiten über die Gränzen wird nicht über einen gegenwärtigen Zustand oder die Beschaffenheit einer Sache, sondern vielmehr über eine Begebenheit gestritten, nämlich, daß ein Stück Land, was der Beklagte besitzt, zum Lande des Klägers gehöre und ihm entzogen sey. In solchen Fällen kann es dem Richter nicht gebühren, ex officio auf eine Besichtigung zu erkennen und dem streitenden Theil dadurch zugleich ein bestimmtes Beweismittel — die Gränzmäler — aufzudringen und ihn darauf zu beschränken; es muß vielmehr, nach den Regeln unseres Prozesses, den streitenden Theilen Gelegenheit verschafft werden, ihre Sätze, die ihnen vortheilhaft scheinenden Behauptungen, durch alle ihnen zu Gebote stehende Mittel, und zwar durch welche sie wollen und ihnen dazu dienlich scheinen, wahr zu machen; es muß m. a. W. auf Beweis erkannt werden. Bei Führung dieses Beweises steht es den streitenden Theilen dann

---

3) L. 25. §. 8. D. de aed. Edicto.

4) L. 9. D. de magistratibus conv., ibique *Gothofredus* in notis. lit. e. — *J. H. Boehmer* jus eccles. Prot. Lib. 1. tit. 32. §. 12.

frei, **unter** anderen von den Merkmalen Gebrauch zu machen, welche als todte Zeugen den Gränzzug andeuten und durch Besichtigung zu erkennen sind. Dann ist es nicht der Augenschein, wodurch der streitende Theil seinen Beweis führt, sondern das **Gränzmal**, welches den Urkunden an die Seite zu setzen ist; — und **der Augenschein** soll nur dazu dienen, den Richter von dem Daseyn, dem Standpunct und der Beschaffenheit des Gränzmals zu überzeugen. Es ist dann nur **ein Mittel, was zum Gebrauch eines anderen Mittels gehört**, gleichwie die Abhörung der Zeugen, die der Richter vornimmt, zum Zeugniß gehört, was die Partei herbeischaffen muß. Wenn daher die Rechtsgelehrten neben den Urkunden und Gränzmälern u. s. w. **die Besichtigung** zu den Mitteln zählen, wodurch die Gränzen bewiesen werden [5]), so ist dieß eben so viel, als wenn sie sagten, Beweis kann geführt werden 1) durch Zeugen und 2) durch Abhörung der Zeugen.

Nach dieser Abschweifung — die doch eigentlich keine ist, da sie vielmehr auch zur Sache gehört — lenke ich mit der Bemerkung wieder ein, daß der Richter, wenn der Streit durch Besichtigung oder *αὐτοψία* zu schlichten ist, diese auch unaufgefordert vornehmen und ex officio darauf erkennen müsse. Gesetzt nun, er hätte in solchen Fällen **auf Beweis erkannt**, so müßte der streitende Theil, dem er widerrechtlich eine Last aufgebürdet hätte, die er zu übernehmen nicht schuldig ist, sich dabei nicht beruhigen, vielmehr das Urtheil anfechten und die Aufhebung desselben zu bewirken suchen. An dem Erfolg wäre um so weniger zu zweifeln,

---

[5]) Siehe z. B. *Schaumburg*, compendium juris Dig. tit. fin. reg. §. 6 et 7.

da der Gebrauch des Rechtsmittels zugleich das Verlangen nach Besichtigung in sich schließen würde. Ließe er es rechtskräftig werden, so würde es, wenigstens in der Theorie, sehr zweifelhaft seyn, ob er den Beweis durch Augenschein führen oder es die Stelle des ihm auferlegten Beweises vertreten könne, wenn er darauf antrüge, daß der Richter den Augenschein einnehmen solle. Gesetzt auch, daß seine Behauptung sich bestätigte, hätte er deshalb seine Behauptung bewiesen? Es scheint zwar, er habe sogar mehr gethan, als von ihm verlangt ward, er sollte seine Behauptung bloß glaublich machen, und er hat den Richter dahin gebracht, sie für wahr zu erkennen; aber im Grunde hat er nicht mehr, sondern etwas Anderes gethan. Wenn vom Beweise bei Gericht die Rede ist, denkt man sich darunter, daß durch Mittel, wie Zeugen oder Urkunden, die dem Richter nicht zu Gebote stehen, ihm etwas glaublich gemacht wird. Beim Augenschein hingegen soll der Richter durch eine Handlung, die er von selbst hätte vornehmen müssen, durch ein Mittel, was ihm zur Hand steht, was ihm viel zu nahe liegt, als daß er die Herbeischaffung desselben von dem streitenden Theil fordern könnte, die Wahrheit erkennen.

Setzen wir einen anderen Fall. Der Richter hätte einem streitenden Theil den Beweis aufgelegt, und dieser wollte diesen Beweis durch Aufstellung aller der Vermuthungen führen, die aus Umständen hervorgingen, welche bekannt oder in den Acten enthalten wären, ginge das wohl an und könnte dadurch auch nur ein unvollständiger Beweis geführt werden, hinlänglich wenigstens, damit der Richter auf einen nothwendigen Eid erkennen könnte? Gewiß nicht, wie dringend jene Vermuthungen auch seyn möchten. Und doch ist zwischen beiden Fällen kein wesentlicher Unterschied.

In beiden Fällen gebührte es dem Richter, in dem einen zu schließen, in dem anderen zu sehen, — selbst zu sehen, selbst zu schließen — und weder das Eine, noch das Andere kann er gemeint haben, als er Beweis verlangte.

Kurz, der Augenschein ist ein Mittel, wodurch der Richter die Wahrheit erkennt, aber es ist kein Mittel, dem Richter Beweis zu führen. Selbst in den Händen einer Partei ist es kein Beweismittel, sondern könnte nur etwa die Stelle eines solchen vertreten. Ein gewöhnliches Beweismittel verhält sich zu ihm, wie ein Nothbehelf zu dem eigentlichen wahren Mittel. Während der Richter genöthigt ist, bei Begebenheiten, die der Vergangenheit angehören, sich mit der Erfahrung Anderer, wie sie ihm in Zeugnissen geboten wird, zu begnügen, soll er hier selbst eine gewisse Erfahrung machen; er soll nicht bloß glauben, was Andere versichern, sondern wissen, durch eigene Anschauung soll er etwas als wahr erkennen, nicht fremdem Zeugniß, sondern seinem eigenen, sich selbst soll er trauen. Die Alten sagten von der Besichtigung, sie sey die stärkste aller Beweise und gehe über alle anderen. Quod oculus videt, nemo feliciter negat.

Ehe ich diese Materie verlasse, muß ich noch eine Bemerkung hinzufügen. Es ließe sich denken, daß die Wahrheit nur eines Theils der Behauptungen einer Partei durch Augenschein auszumitteln, ein anderer zu beweisen wäre; in diesem Fall müßte der Richter, nach meinem Ermessen, in dem Interlocut zu erkennen geben, daß über die Behauptung des Klägers, daß u. s. w., auf sein Verlangen der Augenschein eingenommen werden solle und er daneben zu beweisen habe, daß u. s. w.

Soviel vom Augenschein.

§. 9.

Gutachten der Kunstverständigen.

Die Urtheile oder Gutachten der Kunstverständigen machen billig den Beschluß.

Sehr oft tritt der Fall ein, daß der Richter nicht urtheilen kann, wenn er nicht zuvor das Urtheil oder Gutachten der Kunstverständigen gehört hat. Nicht eine Kunst muß ihm ihre Kenntnisse mittheilen, er kann sich in dem Fall befinden, über Alles, Alles, was nur irgend der Gegenstand einer Kunst oder Wissenschaft seyn kann, selbst über Malerei und Musik, oder was zu diesem oder jenem Handwerk gehört, oder Eigenthümliches damit verbunden ist, der Belehrung zu bedürfen. Denn, wie die Rechtsstreitigkeiten über alles menschliche Thun und Treiben, über Alles, was ist und gewesen ist, sich erstrecken können, also kann der Richter genöthigt seyn, bei allen Künsten, allen Wissenschaften, bald bei dieser, bald bei jener, was ihm fehlt, zu erborgen.

Das Urtheil oder Gutachten der Kunstverständigen pflegen die Rechtsgelehrten für eine dem Augenschein verwandte Materie anzusehen, beide sollen einander ähnlich seyn; ich sehe hier nichts als Unähnlichkeiten. Zwar geschieht es bisweilen, daß den Kunstverständigen die streitige Sache zur Ansicht vorgelegt und von ihnen in Augenschein genommen wird, ehe sie ihr Urtheil abgeben, dann aber ist nicht von dem Gutachten der Kunstverständigen, sondern von einer Maßregel die Rede, welche dem Gutachten vorhergehen muß und dem Augenschein nicht ähnlich, sondern mit ihm einerlei ist. Ferner kommen sie bisweilen in Verbindung mit einander vor; dieß macht sie aber einander nicht ähnlich. Endlich urtheilen die Kunstver-

ständigen, und das thut auch der Richter; aber, wenn der Richter urtheilt, so urtheilt er doch nicht bei Einnehmung des Augenscheins, und also können sie auch in diesem Stück nicht zusammen kommen. Hingegen ist der Augenschein und das Gutachten der Kunstverständigen verschieden in Ansehung der Personen, welche handeln; jener ist eine Handlung des Richters, das Gutachten aber eine Handlung dritter Personen; sie sind ferner an sich selbst verschieden, denn jener ist eine Operation der Sinne, das Gutachten eine des Verstandes. Zwar geht auf solche Art das Gutachten des Künstlers aus derselben Operation, wie das Urtheil des Richters hervor; aber da es dieß Urtheil nicht selbst ist, sondern nur dabei benutzt wird und von dritten Personen herrührt, so fällt es unter die Kategorie des Zeugnisses [1]). Legen wir uns einmal die Frage vor, was geschieht, wenn durch Zeugen bewiesen wird? Der Richter nimmt auf das Ansehen Anderer, auf das Zutrauen, was er zu den Zeugen, zu ihrer Fähigkeit und Aufrichtigkeit hat, einen gewissen Satz für wahr an, er glaubt daran, weil Personen es versichern, denen er trauen kann und welche die Wahrheit ihrer Aussage mit einem Eide bekräftigt haben. Und eben dieß geschieht, wenn Kunstverständige ein Gutachten abgeben. Auch hier nimmt der Richter

---

[1]) Krug's phil. Lexicon, 2. Theil. S. 250. „Der Geschichtsglaube kann sich auch auf nicht wahrnehmbare Dinge, auf Vernunftwahrheiten, beziehen, sey es nun, daß dieselben in das Gebiet des Wissens oder in das des Glaubens selbst, nämlich des Vernunftglaubens, fallen. Solche Wahrheiten werden dann wie Thatsachen behandelt; man glaubt sie auf fremdes Zeugniß; sie nehmen also die Gestalt des Geschichtlichen an; und darum heißt diese Glaubensart der formale Geschichtsglaube."

einen gewissen Satz, nämlich den Inhalt des Gutachtens, auf das Ansehen Anderer für wahr an. Kein Richter wird durch ein Gutachten in den Stand gesetzt, in Sachen der Kunst selbst zu urtheilen; aller Kunstverständigen ungeachtet, bleibt er so unwissend, wie er gewesen ist; aber er glaubt daran, weil Personen es versichern, welche Zutrauen verdienen, weil sie die Kunst inne haben, von welcher die Rede ist, Kenner und Meister darin sind, sie auch daneben ihre Aufrichtigkeit mit einem Eide bestätigt haben. Dieß Zutrauen wird noch dadurch verstärkt, daß, gleichwie gemeine Zeugen die *ratio scientiae* angeben, also auch Kunstverständige die Gründe ihres Urtheils darlegen, folglich sich diese Gründe auch selbst entwickeln und sie zugleich der Prüfung Anderer ausstellen müssen. Der Unterschied zwischen beiden Fällen ist nur, daß der Richter in dem einen Fall einer historischen Aussage, in dem anderen einem Urtheil traut. Aber genug, daß er in beiden Fällen der Aussage Anderer traut, das Uebrige ist hier von keinem Einfluß. Für den Richter sind auch die Gutachten Zeugnisse, haben sie die Kraft und Wirkung eines solchen. Sie erregen, wie Zeugnisse, ein Glauben an die Wahrheit gewisser Behauptungen, von denen der Richter ohne dieses Mittel keine Kenntniß haben würde und die er, eben wie Begebenheiten, worüber genugsames Zeugniß beigebracht ist, bei seinem Urtheil zum Grunde legt. Man sieht hieraus zugleich, daß die Alten nicht auf unrechtem Wege waren, als sie die Kunstverständigen nicht gemeine Zeugen — testes non vulgares — nannten, und wie richtig es sey, wenn in unserem Prozeß Kunstverständige ganz wie Zeugen behandelt werden. Denn, wie Zeugen, werden sie in

Vorschlag gebracht, wie Zeugen können sie verworfen werden, wie Zeugen werden sie beeidigt, wenn auch nicht mit demselben Eide; und wie mehrere Zeugen zu einem vollständigen Beweise erforderlich sind, wird auch nur mehreren, in ihrer Aussage übereinstimmenden Kunstverständigen geglaubt, und Einem kann nur etwa dann geglaubt werden, wenn es ein öffentlicher Beamter ist. Kurz, es ist durchaus Alles eben so, wie bei Zeugen.

Gönner[1]) nimmt an, 1) daß die Kunstverständigen Gehülfen des Richters sind, indem sie nur an demjenigen Theil nehmen, was im Ganzen zur Sphäre des richterlichen Amts gehört, 2) daß der Richter verbunden sey, in Fällen, wo es nöthig ist, ein solches Urtheil oder Gutachten von Amtswegen einzuholen, und 3) daß selbiges zu den Beweismitteln nicht gerechnet werden könne. Ich will nicht geradezu behaupten, daß alle diese Sätze durchaus unrichtig sind, sie scheinen mir aber problematisch zu seyn und wenigstens einiger Einschränkung zu bedürfen.

Zuerst entsteht hier die Frage, liegt es im Amt des Richters, daß er, mit Ausnahme der Thatsachen, gerade Alles, was zur Entscheidung eines Rechtsfalls nöthig ist, von dem Seinigen hergeben muß? Muß er Alles wissen, Alles können und in allen Sätteln gerecht seyn? Ein Richter muß freilich gemeine Kenntnisse und Fähigkeiten besitzen, und dann besonders dürfen ihm Kenntnisse einer Kunst und Wissenschaft nicht fehlen — er muß in den Rechten erfahren und bewandert seyn — aber da, wo es mit diesen nicht gethan ist, wo andere Kenntnisse und Fähigkeiten er-

---

[1]) Handbuch des Prozesses, 2. Theil. Abhandlung 37. §. 21. Abhandlung 45. §. 1. 2. 3.

forderlich sind, die besonders erlernt und erworben werden müssen, die den Gegenstand einer eigenen Kunst und Wissenschaft ausmachen, kann man auch da noch Forderungen an ihn machen? Ich glaube, daß Jeder diese Frage mit Nein beantworten wird. Damit ist aber, wie es scheint, die Frage, worauf es hier ankömmt, zugleich mit verneint. Denn, wenn es zum Amt des Richters nicht gehört, diese Kenntnisse zu haben, so kann ihm auch keine Verbindlichkeit obliegen, die Kunstverständigen um Rath zu fragen, um sich die Kenntnisse, die ihm fehlen, durch dieß Hülfsmittel zu verschaffen. Stimmt es wohl zusammen, wenn man sagt, der Richter darf dergleichen Kenntnisse nicht haben, und er muß sie sich doch zu verschaffen suchen? Gehören sie wohl zu den Dingen, die nach unseren Gesetzen von der Beweislast ausgenommen sind? Gehören sie etwa zu den quaestionibus juris, die man nicht nöthig hat, zu beweisen? Würden sie nicht viel eher zu den quaestionibus facti zu rechnen seyn, welche bewiesen werden müssen? Könnte man nicht sagen, quaestio facti muß, nach der Meinung der Gesetze, Alles seyn, was nicht quaestio juris ist? Man könnte einwenden, wenn es auch nicht gerade zum Amt des Richters gehöre, so gehöre es zur Pflicht des Staats, welcher Jedem zu seinem Rechte verhelfen und die Ansprüche, die Jeder an den Anderen macht, prüfen soll, sich dazu vorzubereiten. Um prüfen und richten zu können, müsse er sich dazu fähig machen. Allein, könnte man dann nicht mit eben dem Recht sagen, er müsse auch die Wahrheit der Begebenheiten ex officio zu erforschen suchen und könne streitenden Theilen die Last nicht aufbürden, Beweis über Thatsachen und Begebenheiten zu führen, müsse sich vielmehr mit der bloßen Angabe der Beweismittel begnügen? Sich

die Kenntniß der Thatsachen zu verschaffen, das gehört eben so gut zur Vorbereitung auf den Richterspruch, als es dazu gehört, die Kunstverständigen zu befragen, wenn nur durch Kenntnisse einer besonderen Kunst der Streit gehörig entschieden werden kann, und konnte der Staat die eine Last von sich abwälzen, so könnte er in Ansehung einer anderen und ähnlichen wohl auch dasselbe gethan haben. Ich wüßte wenigstens keine Stelle, worin dem Richter die angebliche Pflicht, über Kenntnisse einer besonderen Kunst oder Wissenschaft, wenn er ihrer zur Verwaltung seines Amts bedarf, von den Kunstverständigen Gutachten einzuholen, zur Pflicht gemacht wäre, und da die Rechtsgelehrten eine solche nicht anführen, wird es wohl keine geben. Hingegen scheint der Umstand, daß diese Gutachten dem Richter Zeugnisse sind und die Kunstverständigen in unserem Prozeß ganz auf dem Fuß von Zeugen behandelt werden, besonders aber, daß die streitenden Theile es sind, welche dem Richter die Kunstverständigen, wie Zeugen, in Vorschlag bringen, darauf hinzudeuten, daß die Gutachten in unserem Prozeß vom Richter nicht ex officio einzuholen, sondern als ein Beweismittel von den streitenden Theilen zu gebrauchen sind.

In manchen Fällen fällt aber dasjenige, was durch Gutachten oder Urtheile der Kunstverständigen ausgemittelt werden soll, unter den Begriff der Thatsachen, und das ist immer der Fall, wenn über den gegenwärtigen Zustand oder die Beschaffenheit einer Sache gestritten wird. Hier würde es offenbar unpassend seyn, wenn der Richter ex officio auf ein einzuholendes Gutachten der Kunstverständigen erkennen wollte. Es muß vielmehr auf Beweis erkannt werden, und demjenigen, dem die Last des Beweises obliegt, muß es überlassen bleiben, durch welche Mittel er diesen

Beweis führen und ob er zum Behuf des Beweises darauf antragen will, daß die streitige Sache Kunstverständigen vorgelegt und über die Beschaffenheit derselben von ihnen geurtheilt werde. Die Kunstverständigen erscheinen hier wie gemeine Zeugen; sie sehen die Sache mit Kenneraugen und berichten den Befund. Ihre Aussage erscheint in der Gestalt einer historischen; sie sprechen — in der vergangenen Zeit und sagen zum Richter: Wir haben gesehen.

Gesetzt, es soll Beweis darüber geführt werden, daß eine gewisse Handschrift von dem angeblichen Aussteller herrühre. Der Beweisführer kann dieß auf mancherlei Art zu beweisen suchen. Er kann unter anderen darauf antragen, daß die Handschrift der Frage Schreibmeistern vorgelegt, mit anderen von dem Aussteller derselben unstreitig herrührenden verglichen und dann untersucht und geurtheilt werde, ob beide in dem Grade einander ähnlich sind, daß anzunehmen, daß beide von demselben Verfasser herrühren. In Fällen dieser Art wird keinem Richter einfallen, ex officio auf Veranstaltung einer solchen Prüfung und Einholung eines Gutachtens zu erkennen; das Gutachten der Kunstverständigen erscheint als ein gewöhnliches Mittel in den Händen eines streitenden Theils, dem Richter Beweis zu führen. Er kann davon Gebrauch machen, wenn er will, er kann aber seinen Beweis auch durch andere Mittel zu führen suchen, z. B. durch Zeugen, die bei Ausstellung der Handschrift gegenwärtig waren.

Setzen wir einen anderen Fall, der alle Tage vorkömmt. Es wird darüber gestritten, ob eine gewisse verkaufte Sache mit gewissen Fehlern oder Mängeln behaftet sey, oder, ob ein gewisses Werk, welches der Beklagte für den Kläger zu verfertigen übernahm, so, wie verabredet

worden, gearbeitet sey. Wir sehen in solchen Fällen alle Tage, daß auf Beweis erkannt wird und während Jeder es ungereimt finden würde, wenn der Richter bei Fragen, die durch den Augenschein entschieden werden können, z. B. ob der Beklagte dem Kläger zu nahe baue, Beweis fordern wollte, fällt es Niemanden auf, wenn er, in Fällen der angeführten Art, auf Beweis erkennt. Ist dieß geschehen, so kann der Beweisführer, um dem Verlangen des Richters zu genügen, auf Besichtigung der Sache durch Kunstverständige antragen, und sie erscheint dann als ein Mittel, dessen er sich bedient, um dem Richter durch das Zeugniß der Kunstverständigen die Wahrheit seiner Behauptung glaublich zu machen, also mit einem Wort, als ein Beweismittel; er ist aber auf dieses Beweismittel gewöhnlich nicht beschränkt, sondern kann auch andere, z. B. Zeugen, in Anwendung bringen, z. B. die Arbeiter, welche bei Verfertigung des Werks gebraucht worden und aus eigener Erfahrung wissen, aus welchem Stoff es zusammengesetzt ward. Es ließe sich daher denken, daß der Beweis geführt werden könnte, obgleich die Sache gar nicht mehr vorhanden ist, also gar nicht mehr besichtigt werden kann. Daß der Richter in solchen Fällen, statt auf Beweis zu erkennen, sogleich auf Besichtigung und Gutachten von Seiten der Kunstverständigen erkennen sollte, kann nach meinem Ermessen etwa nur dann gerechtfertigt werden, wenn schon bei den ersten Verhandlungen der streitende Theil sein Verlangen darnach zu erkennen gegeben hätte oder wenn der Richter sieht, daß dieß nach Bewandniß der Umstände das einzige Mittel ist, den Streit zur Entscheidung zu bringen. Gleichwie er in solchen Fällen, unter anderen Umständen, auf Beweis (durch alle mögliche dem Kläger zu Gebote

stehende Mittel) erkannt haben würde, sieht er sich jetzt genöthigt, auf Besichtigung und Gutachten der Kunstverständigen zu erkennen, nicht, weil sein Amt ihn nöthigt, eine solche Besichtigung zu veranstalten und ein solches Gutachten einzuholen, sondern, weil er sieht, daß es nach Bewandniß der Umstände das einzige, hier nur anwendbare Mittel sey, wodurch das, worauf es ankömmt, bewiesen werden kann. Des Richters Pflicht ist es überhaupt, dahin zu sehen, daß der Prozeß, so viel als möglich, abgekürzt, so schnell als möglich zu Ende gebracht werde [2]). Sein Streben muß immer dahin gerichtet seyn, dem Streit ein Ziel zu setzen, und zwar, wenn es durch Vergleich nicht geschehen kann, durch den endlichen Spruch, dem er sich auf dem kürzesten Wege zu nähern suchen muß.

Andere Fälle kommen vor, da nicht über den gegenwärtigen Zustand oder die Beschaffenheit einer Sache gestritten wird, sondern ein allgemeines Gutachten, Bedenken, Belehrung u. s. w. von Kunstverständigen einzuholen ist. Auch ein solches Gutachten wird der Richter nicht anders einholen können, als wenn ein streitender Theil es zur Bestätigung seiner Behauptung verlangt oder der Richter sieht, daß der Streit ohne das nicht gehörig beurtheilt und entschieden werden kann. Für den Richter hat auch ein solches Gutachten die Natur eines Zeugnisses.

Auf keinen Fall können Kunstverständige, wenn sie ein Gutachten abgeben, als Gehülfen des Richters angesehen werden. Gehülfen sind sie wirklich, wenn sie bei Einnehmung des Augenscheins zu dem Ende zugezogen werden, damit der Richter mit ihrer Hülfe gewisse Wahrnehmungen

---

[2]) L. 13. C. de jud.

mache. Dann erscheint der Richter als derjenige, welcher handelt, die Thätigkeit der Kunstverständigen wie Nebensache; sie selbst erscheinen als Nebenpersonen. Wenn sie aber selbstständig handeln, den Richter belehren, in Sachen, die in ihr Fach einschlagen, urtheilen, dann sind sie Richter neben ihm, Richter im Bezirk ihrer Kunst, deren Urtheil dem Urtheil des Richters vorhergehen muß und er bei dem seinigen zum Grunde legt. Gehülfen des Richters würden sie seyn, wenn sie ihm das eigentliche Rechtsprechen erleichterten; jetzt könnten sie nur etwa in dem Sinn so genannt werden, wie man allenfalls auch von Zeugen sagen könnte, sie kämen dem Richter zu Hülfe, weil er durch sie in den Stand gesetzt wird, zu beurtheilen, wer Recht oder Unrecht hat.

III.

Zur Lehre

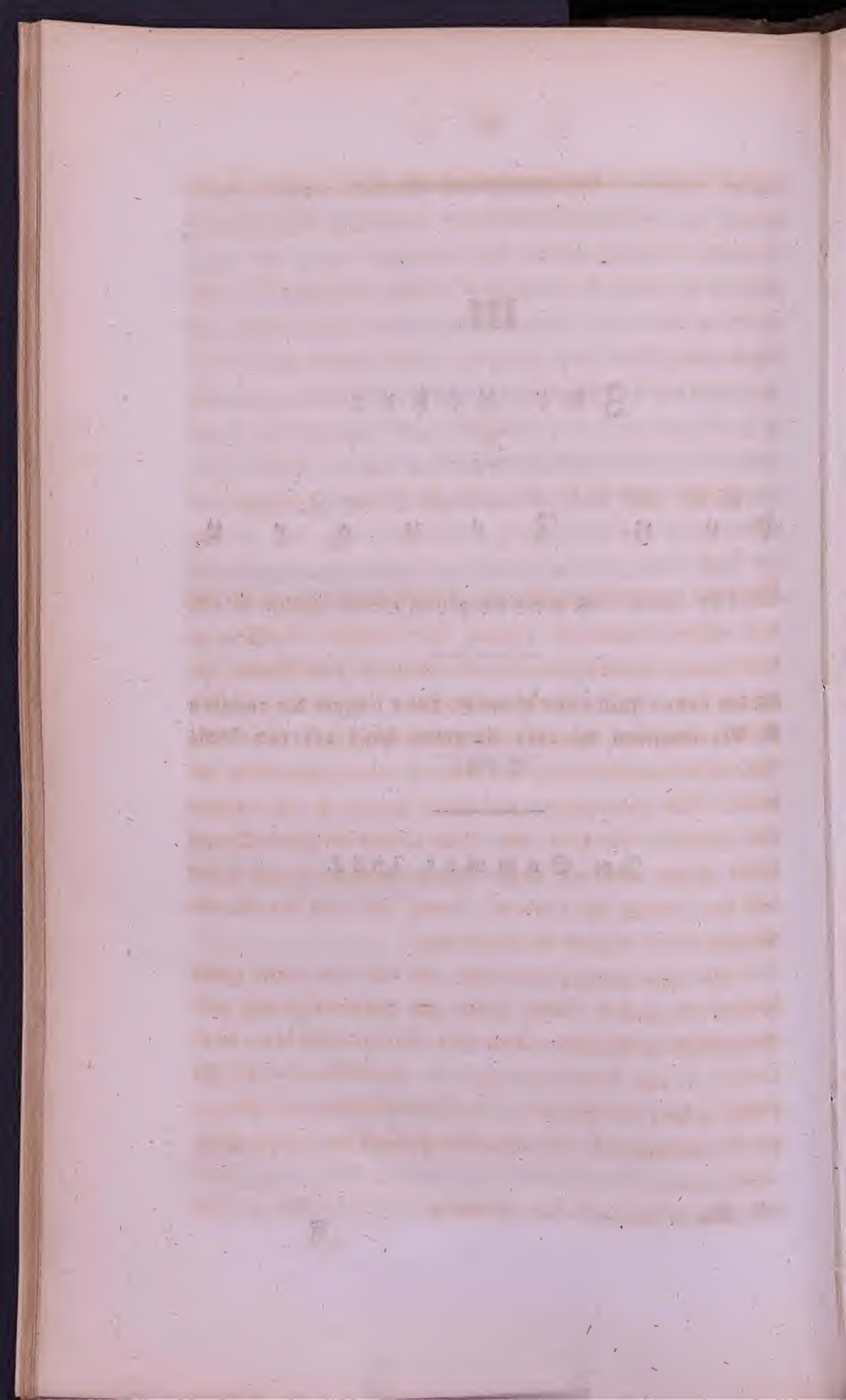
von

den Zeugen.

Fortsetzung.

(S. den ersten Theil dieses Werks S. 158 ff.; ferner den zweiten S. 421; imgleichen die erste Abtheilung dieses vierten Theils S. 213.)

Im Sommer 1832.



I.

Ueber die Glaubwürdigkeit der Zeugen.

Eine der größten Aufgaben für den Rechtsgelehrten ist und wird vielleicht immerdar bleiben, der Wahrheit die Wege zu bahnen, auf welchen sie rein und lauter zu dem Richter gelangen kann, diesen, so viel möglich, in den Stand zu setzen, die Begebenheiten, worüber die streitenden Theile nicht einig sind, so kennen zu lernen, als wäre er dabei gegenwärtig gewesen. Ein Hauptmittel für diesen Zweck ist die Aussage von Zeugen. Ich habe mich schon in den früheren Theilen dieses Werks viel mit dieser Materie beschäftigt und fahre jetzt fort, davon zu handeln. Zuerst soll von der Glaubwürdigkeit der Zeugen die Rede seyn.

Die gewöhnlichen Ansprüche, die man an einen guten Zeugen zu machen pflegt, lassen sich bekanntlich auf zwei Hauptstücke zurückführen; diese sind Tauglichkeit — dexteritas — und Aufrichtigkeit — sinceritas — [1]). Zu jener gehört die Fähigkeit, die Wahrnehmung zu machen, die er bezeugen soll, die Aufmerksamkeit auf die Begebenheit,

[1]) *Reusch* Systema logicum §. 665 sq.

als sie geschah, und die Erinnerung daran. Diese besteht in dem guten Willen, die Wahrheit zu sagen.

Daß der Zeuge fähig war, die Wahrnehmung zu machen, daß er sie gemacht habe und sich ihrer erinnere, geht schon aus dem Zeugniß selbst hervor, wenn er bezeugt, daß er dieses oder jenes gehört, gesehen habe u. s. w., und dieses wiederum liegt schon darin, daß er bezeugt, dieses oder jenes sey in seiner Gegenwart geschehen.

Der Wahrnehmung hinderlich ist die Weite des Abstandes des Zeugen von dem Ort, wo die Begebenheit sich ereignete, und der Erinnerung kann die Länge der Zeit schaden, die seit dem Zeitpunkt verflossen ist, als die Begebenheit sich ereignete. Ob und wie weit dieß nun in einzelnen Fällen wirklich der Fall gewesen sey, ist quaestio facti. Bei der unendlichen Verschiedenheit der Größe des Abstandes von Ort und Zeit und der Fähigkeiten der Individuen, welche die Wahrnehmung gemacht haben, so wie der Begebenheiten selbst u. s. w., läßt sich im Allgemeinen darüber nichts weiter sagen, als daß jene Umstände, zumal wenn sie mit einander verbunden sind, nach Verschiedenheit der Fälle ein größeres oder geringeres Mißtrauen gegen die Wahrheit des Zeugnisses erwecken können oder auch gar nicht in Betrachtung kommen. Dem Mangel der Erinnerung kann dadurch vorgebeugt werden, daß der Zeuge z. B. durch Wiedererzählen genöthigt ist, den Eindruck, den er empfing, zu erneuern, ihn dadurch zu verstärken und im Gedächtniß lebendig zu erhalten.

Ein Zeuge ist glaubwürdig, wenn man seiner Aussage trauen darf, wenn man berechtigt ist, anzunehmen, daß er, neben der Fähigkeit, auch den guten Willen hatte, die Wahrheit zu sagen. Das Vertrauen auf den Zeugen und die

Wahrhaftigkeit seines Zeugnisses kann aber in einem stärkeren oder geringeren Grade vorhanden, der Zeuge selbst also mehr oder weniger glaubwürdig seyn.

Die Quellen, aus denen Glaubwürdigkeit und Vertrauen, oder das Gegentheil, Mangel an Glaubwürdigkeit und Mißtrauen, entstehen, sind verschieden. Sie können entspringen:

1) aus der Persönlichkeit des Zeugen, besonders aus seiner Gemüthsart, Sittlichkeit oder Unsittlichkeit; auf diese schließt man aus seinem bisherigen Verhalten;
2) aus den Verhältnissen, worin der Zeuge zu den streitenden Theilen steht;
3) aus der Beschaffenheit der Sache, ob die Entscheidung derselben, je nachdem sie so oder anders ausfällt, für ihn von vortheilhaften oder nachtheiligen Folgen seyn würde, sie ihn berührt oder gar nicht angeht;
4) aus der Beschaffenheit seiner Aussage.

Soviel versteht sich nun wohl, daß es beim Beweise nicht erforderlich sey, daß er alles, was Vertrauen erregen kann, in besonderer Vollkommenheit besitzen müßte, daß seine Sinne von besonderer Schärfe, er ein besonders guter Beobachter, sein Gedächtniß besonders treu sey, oder, daß er besonders redlich, besonders gewissenhaft, oder seine Aussage besonders umständlich, genau, sorgfältig u. s. w. oder gar, daß alles dieses, was hier getrennt ist, bei dem Zeugen vereinigt vorhanden seyn müsse, wenn er glaubwürdig seyn soll. Indessen, in einem je höheren Grade die guten Eigenschaften, die zu einem Zeugen erforderlich sind, bei diesem Individuo angetroffen werden, um so stärker wird das Vertrauen seyn, was man zu der Wahrheit seines Zeugnisses haben darf, um so stärker wird also auch der Beweis seyn,

der durch ihn geführt wird, und wenn ihm ein Zeuge gegenübersteht, der nicht so vorzügliche Eigenschaften hat und minder glaubwürdig ist und die Aussage desselben von der seinigen verschieden lautet, so wird man geneigt seyn, ihm mehr zu trauen und er dem Beweise desjenigen, dem sein Zeugniß günstig ist, ein Uebergewicht verschaffen können [2]).

Aber das ist die Frage, muß man überhaupt positive Gründe haben, die das Vertrauen zu dem Zeugen erwecken, oder ist es nicht schon genug, wenn man keine Gründe hat, seine Glaubwürdigkeit in Zweifel zu ziehen? Muß man Gutes von ihm wissen, oder ist es nicht schon genug, daß man nichts Böses von ihm weiß? muß guter Glaube erregt seyn, oder reicht es schon hin, daß kein Verdacht gegen ihn begründet sey? Es ist sonderbar, daß die Rechtsgelehrten diese Frage nicht einmal aufgeworfen haben. Die Philosophen scheinen das Erstere zu glauben [3]).

Allerdings müßte man wohl, wenn man Jemanden trauen soll, überzeugt seyn, daß er Vertrauen verdiene. Und dieß muß, wie es scheint, insonderheit von einem Zeugen gelten, der bei Gericht sein Zeugniß ablegt. Hier, wo auf die Versicherung eines Dritten etwas für wahr angenommen

---

[2]) L. 9. C. de testibus. c. 32 X. de testibus.

[3]) So heißt es z.B. bei Reusch: Systema logicum antiquiorum atque recentiorum §. 664. Auctoritas personae vocatur cognita illius perfectio, propter quam facile illius dictis assensum, atque factis imitationem, praestamus Fides appellatur assensus, quem praebemus propositioni propter auctoritatem dicentis: ipsam vero propositionem credere dicimur. Und weiter §. 665: Quodsi ergo fides alteri certa est habenda; de illius dexteritate et sinceritate esse debemus certi: si probabilis; eaedem perfectiones probabiliter in altero esse debent cognitae.

und als wahr beim Urtheil zum Grunde gelegt werden soll, wo auf dieß Zeugniß dem Bürger Hab' und Gut, wohl gar Ehre und Freiheit, Leib und Leben abgesprochen werden soll, ist es doppelt nöthig, daß Behutsamkeit angewandt wird, und zwar immer eine um so größere, je wichtiger das Gut ist, worüber gestritten wird, je größer also auch der Schade ist, der durch ein falsches Zeugniß gestiftet werden kann. Wie sehr es nöthig sey, hier mit Vorsicht zu Werke zu gehen, haben unsere Gesetze durch die That selbst anerkannt. Soll den Zeugen geglaubt werden, soll durch sie Beweis geführt werden und auf den Beweis Verurtheilung erfolgen, so ist weit mehr erforderlich, als man im gemeinen Leben und in der Geschichte u. s. w., um etwas für wahr anzunehmen, zu erfordern pflegt. In unseren Gerichten begnügt man sich nicht mit der Aussage Eines Zeugen, sondern man erfordert eine Mehrheit von Zeugen, die in einer gewissen Wahrnehmung übereinstimmen; unus testis proficit, non sufficit; man erfordert die Glaubwürdigkeit der einzelnen und Bestärkung ihrer Aussage durch den Eid. Nur wenn alles dieß zusammenkömmt, wird durch die Aussage von Zeugen eine gerichtliche Wahrheit hervorgebracht; wobei es dem Gegner auch noch freigestellt ist, durch die Aussage anderer Zeugen oder durch andere Mittel das Gegentheil zu beweisen und den Hauptbeweis mehr oder weniger zu entkräften. Was insonderheit die Glaubwürdigkeit betrifft, so können zuvörderst alle die Ausstellungen, die nach unseren Gesetzen gegen einen Zeugen gemacht werden, insoferne sie bloß aus seiner Persönlichkeit, seinen Verhältnissen zu den streitenden Theilen, der Beschaffenheit der Sache, worin sein Zeugniß begehrt wird, nicht aus dem Verhör selbst, hergenommen sind, zwar keinen

eigentlichen Verdacht gegen den Zeugen rechtfertigen, daß er die Wahrheit verhehlen werde oder verhehlt habe; sie können aber das Vertrauen zu ihm vermindern oder gar aufheben; sie können Mißtrauen gegen seine Wahrhaftigkeit erregen, und daran ist es hier genug. Was bloß die Glaubwürdigkeit vermindert, gilt in dieser Sphäre für Verdacht und wird selbst von den Gesetzen mit diesem Namen bezeichnet. In der That handelt es sich bloß vom Vertrauen und vom Mangel daran und von Gründen, die Vertrauen oder Mißtrauen erregen können. Man will nur demjenigen als Zeugen glauben, der volles Vertrauen verdient, nicht demjenigen, bei dem nur irgend eine Besorgniß entstehen kann, er möchte vielleicht die Wahrheit nicht sagen. Daher kann schon ein schlechter Ruf hier in Betrachtung kommen. Es scheint jedoch nicht erforderlich zu seyn, daß positive Gründe zum Vertrauen dargelegt werden, oder der Zeugenführer seinen Zeugen als glaubwürdig legitimiren müsse. Es ist schon genug, daß kein Grund zum Mißtrauen vorhanden ist. Die Glaubwürdigkeit ist, wie die Ehre, an sich vorhanden; man darf sie nicht erst erwerben; besondere Umstände können sie erhöhen, andere sie entziehen, noch andere sie vermindern. Damit wir auf die Versicherung eines Andern etwas für wahr annehmen, damit wir glauben, daß dieß oder jenes geschehen sey, weil dieser es bezeugt, dürfen wir keinen Grund haben, seine Fähigkeit oder Wahrhaftigkeit in Zweifel zu ziehen. Unsere gute Meinung von ihm und seinen Fähigkeiten und seinem guten Willen darf durch nichts geschwächt seyn. Auch außergerichtlich können die Gründe zum Vertrauen nur von dem, was nicht ist oder man nicht weiß, hergenommen werden; einen positi-

ven Grund zum Vertrauen gibt, wenn mehrere dasselbe bezeugen, ihre Uebereinstimmung ab.

Alles, was einem Zeugen entgegengesetzt werden kann, besteht in Mängeln und Unvollkommenheiten, deren Daseyn nicht vermuthet werden kann, sondern von demjenigen bewiesen werden muß, welcher verlangt, daß man dem Zeugen wegen dieser Mängel und Unvollkommenheiten nicht trauen soll. Nicht der Zeugenführer hat nöthig zu zeigen, daß dieß ein Mensch sey, dem man trauen könne, sondern der Gegner muß zeigen, daß es ein Mensch sey, gegen den man Mißtrauen hegen müsse. Jeder Mensch darf fordern, daß man unter den Bedingungen, welche die Gesetze an die Hand geben, seiner Aussage traue, so lange er sich dieses Vertrauens nicht unwürdig gemacht hat; jeder Mensch muß für einen glaubwürdigen Zeugen gelten, bis sich besondere Gründe ergeben, die ihn als Zeugen verwerflich oder verdächtig machen. So wenig, wie er selbst sich, eben so wenig hat auch der Zeugenführer nöthig, ihn als einen Zeugen, welcher die Fähigkeit zur Ablegung eines Zeugnisses besitze und Vertrauen verdiene, besonders zu beglaubigen. In Hinsicht auf seine *Fähigkeit* ergibt ohnehin schon das Erscheinen des Zeugen vor Gericht das Daseyn oder die Abwesenheit leiblicher Mängel, und was seine *Aufrichtigkeit* und *Wahrheitsliebe* betrifft, überhaupt das, was vorzugsweise unter Glaubwürdigkeit verstanden wird, so gehört, wie gesagt, eine besondere Redlichkeit, wenn sie gleich sehr zu seiner Empfehlung gereicht, nicht gerade zu den Erfordernissen eines Zeugen vor Gericht. Man fragt nicht, ob Jemand großmüthig, edel, bieder, dankbar, freigebig u. s. w., oder ob er rachsüchtig, habsüchtig, dem Spiel, den Weibern u. s. w. ergeben sey, wenn er nur nicht durch begangene

Verbrechen die Ehre verloren, nicht durch seine Handlungen die Achtung der Menschen und das Vertrauen zu seiner Wahrhaftigkeit verscherzt hat. Ueberhaupt erfordern die Gesetze in Hinsicht auf die Glaubwürdigkeit des Zeugen nichts Positives, sondern nur die Abwesenheit von Dingen, deren Vorhandenseyn Mißtrauen gegen ihn und seine Wahrhaftigkeit erwecken würde. So lehrt Arcadius[4]): Testimoniorum usus frequens ac necessarius est: et ab his praecipue exigendus, quorum fides *non vacillat.* So heißt es z. B. in einer Stelle des canonischen Rechts[5]): — —, cum sicuti canonica instituta declarant, testes *absque ulla infamia vel suspicione vel manifesta macula in ferendo testimonio* requirantur. Zwar erfordert das canonische Recht, wenn Beweis geführt werden soll, an anderen Stellen, daß Zeugen aufgestellt werden, *qui probatae sunt vitae et opinionis*[6]); allein das heißt doch schwerlich etwas Anderes, als daß die Zeugen durch ihren Wandel nicht Ehre und guten Ruf verloren haben müssen[7]). So heißt es in der Carolina in dem Artikel[8]), der von genugsamen Zeugen handelt: Genugsame Zeugen sind, die unbeleumdet und sonst mit keiner rechtmäßigen Ursache zu verwerfen sind. Ebenso im Lübischen Statut im vierten Artikel des fünften Buches: die Zeugen sollen ehrliche unbescholtene Leute seyn.

---

[4]) L. 1. D. de testibus.

[5]) c. 1. X. de except.

[6]) cap. 23 et 24. X. de testib.

[7]) Probatio autem testibus et fide tabularum constat. — — Testes autem considerantur conditione, natura et vita. — Vita, *si innocens et integer actu.* Nam si vita bona defuerit, fide carebit. c. 10. X. de Verb. Sign.

[8]) 66.

Die Ehrlichkeit besteht in der Enthaltung von Handlungen, welche die Ehre beflecken, ist also etwas Negatives. Ebenso ist es der Mangel eines dem Zeugen zu machenden Einwurfs, daß er mit dem Zeugenführer nicht verwandt oder verschwägert, nicht des Gegners Feind, bei dem Ausgang der Sache nicht betheiligt, daß er nicht bestochen, nicht unterrichtet sey, was oder wie er aussagen solle u. s. w.

Zwar bemerkt Modestinus von Zeugen:

In testimoniis autem dignitas, fides, mores, gravitas examinanda est: et ideo testes, qui adversus fidem suam testationis vacillant, audiendi non sunt [9]).

Und Callistratus [10]):

Testium fides diligenter examinanda est. Ideoque in persona eorum exploranda erunt inprimis conditio cujusque, utrum quis decurio an plebejus sit; et an honestae et inculpatae vitae, an vero notatus quis et reprehensibilis; an locuplex vel egens, ut lucri causa quid facile admittat: vel an inimicus ei sit, adversus quem testimonium fert, vel amicus ei sit pro quo testimonium dat. Nam si careat suspicione testimonium, vel propter personam, a qua fertur, quod honesta sit; vel propter causam, quod neque lucri, neque gratiae, neque inimicitiae causa sit: admittendus est [11]).

---

[9]) L. 2. D. de testibus.

[10]) L. 3. pr. D. eod.

[11]) Zur Vergleichung mag eine Stelle aus Cicero hier ihren Platz finden. Persona non qualiscunque testimonii pondus habet. Ad faciendam enim fidem auctoritas quaeritur, sed auctoritatem aut

Hiernach scheint es, als ob der Richter schon von Amtswegen darnach forschen müsse, ob und in welchem Grade ein Zeuge glaubwürdig sey; allein aus den Schlußworten erhellet wieder, daß es schon genug sey, wenn sich kein Verdacht gegen den Zeugen ergibt, wenn man keinen Grund sieht, weshalb er dem Einen vor dem Anderen mehr geneigt seyn, überhaupt keinen Grund, weshalb er sich bei seiner Aussage von der Wahrheit entfernen sollte. Nach canonischem Recht und den heutigen Grundsätzen des gerichtlichen Verfahrens erscheinen alle Ausstellungen, die man gegen die Zeugen machen kann, als Einreden, die derjenige, gegen den die Zeugen aufgestellt sind, ihnen entgegenzusetzen berechtigt ist[12]. Aus allem, was von der Art ist, daß es den Zeugen verwerflich oder verdächtig macht, aus allem, was seine Glaubwürdigkeit aufhebt oder vermindert, kann derjenige, gegen den der Zeuge gebraucht wird, Einwendungen gegen ihn hernehmen. Dem Zeugenführer steht es wiederum zu, seine Zeugen gegen dergleichen Einwendungen in Schutz zu nehmen, indem er des Gegners Vorwürfe zu entkräften und die Glaubwürdigkeit seiner Zeu-

---

natura aut tempus affert. Naturae auctoritas in virtute inest maxime. In tempore autem multa sunt, quae afferant auctoritatem, ingenium, opes, aetas, fortuna, ars, usus, necessitas, concursio etiam nonnunquam rerum fortuitarum. Nam et ingeniosos et opulentos et aetatis spatio probatos, dignos, quibus credatur, putant, non recte fortasse, sed vulgi opinio mutari vix potest, ad eamque omnia dirigunt, et qui judicant, et qui existimant; qui enim his rebus, quas dixi, excellunt, ipsa virtute videntur excellere. Cic. Topica c. 19.

[12]) cap. 1. X. de exc. cap. 2. in fine X. de ordine cognit. cap. 7. X. de testibus. cap. 31. X. eod. cap. 54. X. eod.

gen zu vertheidigen sich bemüht. Kurz, der Zeugenführer hat nicht nöthig, die Glaubwürdigkeit seiner Zeugen darzulegen; sondern der Gegner muß sie bestreiten, ihm gebührt es, das Vorhandenseyn von Gründen zu zeigen, welche ihre Glaubwürdigkeit aufzuheben oder Zweifel dagegen zu erregen im Stande sind. Werden dem Zeugen z. B. Verbrechen vorgeworfen, die er begangen haben soll, so muß derjenige, gegen den er aufgestellt ist und der dadurch sein Verlangen begründen will, daß ihm nicht geglaubt werden soll, beweisen, was er behauptet, nämlich er habe sie begangen [13]. Können dem Zeugen keine Vorwürfe gemacht werden, ist er nicht infamis, nicht suspectus, so ist er, nach dem gesetzlichen Ausdruck: *omni exceptione major*, so ist er *fide dignus* [14].

Es verdient aber bemerkt zu werden, nach canonischem Recht steht es dem Gegner zu, den Zeugen selbst Fragen vorzulegen, welche sich auf das Vertrauen beziehen, die man zu ihnen und ihrer Wahrheitsliebe haben kann [15]. Und in den einzelnen deutschen Ländern hat schon das Gesetz diese Mühe über sich genommen. Es hat wenigstens gewisse allgemeine Fragen entworfen, die dem Verhör über die Artikel vorangehen, jedem Zeugen in jeder Sache vorgelegt werden und daher allgemeine genannt werden. Der Richter will durch diese Fragen die Zeugen kennen lernen; er will Umstände erforschen, die auf ihre Glaubwürdigkeit von Einfluß sind. Hauptsächlich bezieht es sich aber mit dieser Nachforschung darauf, auszumitteln, ob der Glaubwürdigkeit der

---

[13]) cap. 1. X. de exc. cap. 2. in fine X. de ordine cognit. cap. 13. X. de testibus.

[14]) cap. 47. X. de testibus.

[15]) cap. 2. de testibus in sexto.

Zeugen Hindernisse im Wege stehen, — nicht ob Gründe vorhanden sind, wodurch sie hervorgebracht wird, — es beschränkt sich diese Nachforschung auf Fragen an die Zeugen und auf die Hindernisse, von denen in diesen Fragen die Rede ist. Durch diese Fragen ist dem Richter in Ansehung der Glaubwürdigkeit der Zeugen eine *ex officio* anzustellende, an gewisse Schrankengebundene Nachforschung über Hindernisse der Glaubwürdigkeit beigelegt. Er soll die Zeugen über gewisse vorgeschriebene Puncte befragen, nicht bloß in der Absicht, dem Gegner des Zeugenführers Gelegenheit zu geben, aus den Antworten der Zeugen Einwendungen gegen sie herzunehmen, sondern überhaupt, damit der Werth der Aussage des Zeugen darnach beurtheilt werden könne. Ueberhaupt ist die Berücksichtigung desjenigen, was der Glaubwürdigkeit der Zeugen im Wege steht, doch nicht gerade schlechterdings davon abhängig, daß der Gegner des Zeugenführers diesen oder jenen Vorwurf als Einrede benutzt, ihn dem Zeugen entgegengestellt hat, sondern dem Richter gebührt es auch schon ex officio, Rücksicht darauf zu nehmen. Ist der Zeuge durchaus verwerflich, so läßt er ihn zum Zeugniß nicht zu; er verwirft ihn sogleich ex officio, ohne die Einrede des Gegners zu erwarten. Eben so wird er bei der Prüfung der Stärke des Beweises auf diejenigen Umstände, welche die Glaubwürdigkeit der Zeugen vermindern oder das Zeugniß verdächtig machen, insoferne er dergleichen in den gerichtlichen Schriften findet, schon ex officio Rücksicht nehmen müssen, wenn auch der Gegner sie nicht als Einreden gegen den Zeugen benutzt hätte. Es gehört dieß zur Prüfung des Beweises, die dem Richter zusteht, und ist dem bekannten Rechtsgrundsatz gemäß: Judici fit probatio, non partibus. Der Zeuge wird

dadurch nicht glaubwürdiger, daß der Gegner keine Einwendungen gegen ihn gemacht hat.

Abgesehen von positiven Gesetzen können übrigens weder einzelne Handlungen, welche die Ehre beflecken, noch der schlechte Ruf, worin er steht, dem Zeugen alle Glaubwürdigkeit entziehen. Sie kann dadurch nur verringert werden. Es geschieht dieß sogar durch sie noch weniger, als es durch andere Umstände geschieht. Die Verhältnisse, worin der Zeuge zu den streitenden Theilen steht, sind schon mehr geeignet, Mißtrauen gegen ihn zu erwecken. Und noch mehr thut es der Umstand, daß der Zeuge an dem Ausgang der Sache ein Interesse nimmt. Je nachdem nun dieß Interesse ein mittelbares oder unmittelbares ist, je nachdem die Folgen, die aus dem Ausgange des Streits für den Zeugen hervorgehen, mehr oder weniger wichtig sind, wird auch das Vertrauen zu der Wahrhaftigkeit seiner Aussage mehr oder weniger geschwächt.

Besonders ist es das Verhör des Zeugen, was Grund zum Vertrauen oder Mißtrauen erweckt. Die persönlichen Verhältnisse des Zeugen liegen viel entfernter; sie können bloß das Vertrauen zu dem Zeugen schwächen; aber die Art, wie er sich beim Verhör benimmt, die Beschaffenheit seiner Aussage können die Vermuthung erwecken, daß er dennoch die Wahrheit, oder den Verdacht erregen, daß er wirklich sie nicht sagen wollte. In Hinsicht auf Glaubwürdigkeit ist das persönliche Erscheinen des Zeugen vor Gericht von Bedeutung. Es ist wichtig, daß der Richter den Zeugen sieht, daß er ihn reden hört; die Art, wie er sich darstellt, wie er antwortet, die Gemüthsbewegungen, die durch die Frage erregt werden, oder seine Antwort begleiten und die letztere bestätigen oder Lügen strafen, können seine

Glaubwürdigkeit vermehren oder die Wahrheit seines Zeugnisses verdächtig machen. In diesem Sinn schrieb schon Hadrian an den Proconsul von Macedonien, Junius Rufinus: er wolle den Zeugen glauben, nicht den Zeugnissen [16]). Für den, welcher ein Zeugniß bloß liest, geht sehr viel verloren, selbst dann, wenn auch besonders auffallende Erscheinungen, die am Zeugen beim Verhör bemerkt wurden, niedergeschrieben sind; nicht zu gedenken, daß der Bericht über das Zeugniß, wie er zu Protocoll steht, vielleicht nicht allzu getreu ist. Daher ist auch kein Richter so gut im Stande, über die Stärke des durch Zeugen geführten Beweises zu urtheilen, als der, welcher das Verhör vorgenommen hat. Es wird aber auch hier genug seyn, daß sich beim Verhör des Zeugen keine besondern Gründe ergeben, die seine Glaubwürdigkeit zweifelhaft machen oder gar aufheben, daß er sich nicht entfärbt, nicht durch Geberden ein böses Gewissen verräth, nicht stockt, nicht zu stottern anfängt, in seinen Aussagen nicht schwankt, sich nicht widerspricht. Auf der anderen Seite können mancherlei Umstände die Glaubwürdigkeit, die dem Zeugen an sich zukömmt, erhöhen, z. B. wenn er sich beim Verhör besonders gewissenhaft zeigt, seine Aussage viel innere Wahrscheinlichkeit hat, sie

---

[16]) *L.* 3. §. 3. *D. de testibus.* Idem Divus Hadrianus Junio Rufino proconsuli Macedoniae rescripsit, *testibus se, non testimoniis crediturum:* verba epistolae ad hanc partem pertinentia haec sunt: *Quod crimina objecerit apud me Alexander Apro: et quia non probabat, nec testes producebat, sed testimoniis uti volebat, quibus apud me locus non est: nam ipsos interrogare soleo: quem remisi ad provinciae praesidem, ut is de fide testium quaereret, et nisi implesset quod intenderat, relegaretur.*

sie mit den Umständen, wie sie aus den gerichtlichen Schriften bekannt sind, übereinstimmt. Diese verstärkte Glaubwürdigkeit des Zeugnisses, die aus ihm selbst hervorgeht, ist geeignet, das Mißtrauen, was persönliche Verhältnisse erwecken, aufzuheben. Sie berechtigen uns, zu diesem Zeugen Vertrauen zu hegen, weil aus seiner Aussage hervorgeht, daß jene aus allgemeinen Gründen entlehnte Besorgniß bei diesem Individuo sich nicht bewährt. Die bloße Uebereinstimmung der Zeugen kann dieß nicht bewirken, wenigstens keine Uebereinstimmung in den Hauptumständen; denn es wird zu einem vollen Beweise schon an sich vorausgesetzt, daß mehrere untadelhafte Zeugen in ihren Aussagen übereinstimmen.

II.

Ueber den Grundsatz des römischen Rechts, daß Jemand gegen die Glaubwürdigkeit von Zeugen, die er für sich aufgestellt hat, keine Einwendungen machen kann, wenn sie in der Folge gegen ihn aufgestellt werden.

L. 17. *C. de testibus.*

Si quis testibus usus fuerit, iidemque testes adversus eum in alia lite producantur: non licebit ei, personas eorum excipere: nisi ostenderit, inimicitias inter se et illos postea emersisse, ex quibus testes repelli leges praecipiunt: non adimenda scilicet ei licentia, ex ipsis depositionibus testimonium eorum

arguere. Sed et si liquidis probationibus datione vel promissione pecuniarum eos corruptos esse ostenderit, etiam eam allegationem integram ei servari praecipimus.

Wenn Jemand einen Zeugen einmal aufgestellt hat, so hat er ihn dadurch für glaubwürdig erklärt und kann ihn in der Folge nicht verwerfen. Nachdem er durch die That selbst zu erkennen gegeben, daß diesem Zeugen zu trauen sey, muß er ihn auch in der Folge, wo ihm das Gegentheil nützlich wäre, für glaubwürdig gelten lassen. Er kann den Zeugen, den er aufgestellt hat, damit er für ihn Zeugniß ablege, nicht verwerfen, wenn er von einem Anderen aufgestellt wird, damit er gegen ihn zeuge. Es liegt hierbei eine allgemeine Regel zum Grunde. Was man einmal gebilligt hat, kann man in der Folge nicht mißbilligen [1]), welches die Glosse in Beziehung auf Zeugen so ausdrückt:

Reprobare non possumus, quos approbavimus.

Die Rechtsgelehrten führen mehrere Ausnahmen auf, welche dem Gesetz und zum Theil sogar den dürren Worten desselben gemäß sind. Diese Ausnahmen sind folgende:

1) wenn zwischen dem streitenden Theil und dem Zeugen in der Folge eine Feindschaft entstanden ist, die damals nicht vorhanden war, als er ihn für sich aufstellte;
2) wenn er beweisen kann, daß der Gegner, der den Zeugen gegen ihn aufstellt, den Zeugen bestochen habe;
3) wenn die Gründe des Verdachts aus der Aussage des Zeugen hervorgehen.

---

[1]) L. 9. D. de negot. gestis: quod reprobare non possim semel probatum. L. 13. §. 10. D. ad legem Juliam de adulteriis. cap. 21. de reg. juris in 6to.

Alle diese Ausnahmen sind im Gesetz deutlich enthalten. Das Gesetz läßt es dem streitenden Theil frei, zu beweisen, daß zwischen ihm und dem Zeugen in der Folge eine Feindschaft entstanden sey und zwar eine solche, die ihn zur Verwerfung berechtigt, oder, wie die Rechtsgelehrten sagen, eine inimicitia capitalis ist; es läßt ihm frei, zu beweisen, daß der Zeuge vom Gegner bestochen sey; es erlaubt ihm endlich noch immer, den Zeugen aus seiner Aussage als verdächtig darzustellen. Nur gegen ihre Personen kann er, der Regel nach, keine Einwendungen machen; hingegen ist es ihm unverwehrt, Einwendungen zu machen gegen ihre Aussage oder vielmehr gegen ihre Glaubwürdigkeit, nach der Beschaffenheit ihrer Aussage. Die Regel hat es überhaupt nur mit Einwendungen gegen die Personen der Zeugen zu thun, und wenn das Gesetz dem streitenden Theil erlaubt, die Aussage eines Zeugen, den er früher für sich aufgestellt hat und der ihm jetzt entgegengestellt wird, wegen ihrer inneren Beschaffenheit zu verwerfen oder sie als verdächtig darzustellen, so ist dieß nicht sowohl eine Ausnahme von der Regel, als vielmehr eine Andeutung, daß dieser Fall gar nicht unter der Regel enthalten sey. Es sind also nur zwei Ausnahmen, die von der Regel statt finden, und diese bilden im Grunde nur Eine, ja sie beide können nur als Beispiele Einer Ausnahme angesehen werden; außer Feindschaft und Bestechung, muß auch jeder andre Umstand, der die Zeugen verwerflich oder verdächtig macht, wenn er sich erst in der Folge ergeben hat, dieselbe Wirkung hervorbringen. Man kann daher die Regel zusammt der Ausnahme mit Sichard kurz so ausdrücken:

Qui testem aliquem approbat semel pro se, eum amplius non potest etiam in alio casu reprobare, *nisi nova causa emerserit* [2]).

Die Rechtsgelehrten pflegen jenen dreien Ausnahmen, die sie anführen, noch eine vierte hinzuzufügen. Diese ist, wenn der Zeuge ein Hausgenosse oder Freund des Gegners ist. Denn es sey dann bei beiden ein ganz verschiedener Fall.

Ratio enim affectionis, propter quam illum reprobare possum, si a te productus sit, non militat in eo casu, quando ipse produxi contra te, et sic producens non potest reprobare testes ex causa, quae procedit ab ipso producente, secus si ex causa, quae procedit ab alio [3]).

Wenn wir die Sache zuvörderst bloß aus dem Standpunkt der Vernunft betrachten, so kann ein streitender Theil allerdings sagen, der Zeuge ist glaubwürdig, wenn er für mich aussagt, nicht aber glaubwürdig, wenn er für Dich aussagt, weil er gegen Dich in Verhältnissen steht, worin er gegen mich nicht steht, indem Du sein Freund, sein Verwandter bist. Ich habe ihn zwar als Zeugen aufgestellt und ihn dadurch für glaubwürdig erklärt, aber doch nur insoferne, als er, meiner Erwartung gemäß, für mich aussagen würde. Soll er aber gegen mich Zeuge seyn oder vielmehr für Dich, so ist sein Zeugniß verdächtig. Allein, daraus scheint nur zu folgen, daß der Gesetzgeber dieß hätte bedenken und sein Gesetz hiernach einschränken sollen. So, wie das Gesetz nun einmal lautet, so allgemein, wie es lau-

---

[2]) *Sichard* Praelect. in C. p. 373.

[3]) *Brunnemann* ad l. 17. C. de testibus.

tet und da es keine anderen Ausnahmen zuläßt, als wenn sich in der Folge neue Gründe des Verdachts ergeben, scheint es fast, als ob es in Ansehung dieses Falls bei der Regel geblieben sey. Indessen entsteht die Frage, welche Einwendungen unter den Einreden gegen die Personen der Zeugen hier gemeint sind. Sind alle Einreden darunter zu verstehen, die den Zeugen nur irgend gemacht werden können, oder bloß solche, die ihnen gewisse, ihren Personen anklebende Fehler vorrücken, die ihrer Glaubwürdigkeit hinderlich sind. Nach dem Zusammenhange scheinen alle Einreden gegen die Zeugen gemeint zu seyn, die nicht aus der Beschaffenheit ihrer Aussage entlehnt oder besonders ausgenommen sind. Für eine mehr beschränkte Auslegung spricht der Umstand, daß der Zeugenführer ihnen *in alia lite* keine Einreden entgegensetzen darf. Dieser Umstand scheint anzudeuten, daß hier nur von Einreden die Rede seyn kann, die allgemein sind und dem Zeugen in jedem Falle entgegenstehen. Indem Jemand einen gewissen Zeugen für sich aufstellte — nach der Kunstsprache ihn führte — hat er ihn zwar für glaubwürdig erklärt, er konnte aber nicht vorhersehen, daß ein Anderer ihn zum Zeugen vorschlagen würde, der zu ihm in gewissen nahen Verhältnissen steht, die den Verdacht erwecken, daß er ihm mehr geneigt seyn, ihn bei seinem Zeugniß begünstigen möchte, und auf allen Fall hat er bei seiner ipso facto erklärten Billigung auf dergleichen besondere Umstände, die aus der Beschaffenheit einzelner und künftiger Rechtsfälle sich ergeben möchten, keine Rücksicht nehmen können. Wenn daher auch Einreden dieser Art unter der Regel an sich enthalten wären, würden sie doch zu den Ausnahmen, die Ju-

stinian zuläßt, zu rechnen seyn und mit ihnen wenigstens gleichen Schritt halten.

Die Rechtsgelehrten haben auch die Frage aufgeworfen, ob jene Regel, daß wir einen Zeugen nicht verwerfen können, den wir für uns aufgestellt haben, wenn er, sey es auch in einer anderen Sache, gegen uns aufgestellt wird, nur unter denselben streitenden Theilen gültig sey, oder ob sie auch einem Dritten zu Gute komme. Die gemeine Meinung nimmt das Letztere an [4]), und dießmal scheint die gemeine Meinung, was sie nicht immer ist, die richtige zu seyn. Denn das Gesetz spricht ganz allgemein und bemerkt mit keiner Sylbe, daß jene Regel nur unter denselben streitenden Theilen gelten solle. Es heißt vielmehr, wer einen Zeugen für sich aufstellt, muß ihn auch *in alia lite* gegen sich gelten lassen, ohne gegen seine Person Einwendungen machen zu können. Es bemerkt auch die Glosse zu dieser Stelle:

> Et non distinguitur, an ab eodem, contra quem fuerunt primo producti: an ab alio postea producantur, *cum sit eadem ratio.*

Bei den Römern wurden die Zeugen in derselben Sache, wie es scheint, nur ein Mal abgehört [5]); es konnte daher bei ihnen die Frage nicht entstehen, die ich jetzt aufwerfen will. Nämlich es ist bekannt, daß nach den Regeln des heutigen Prozesses, wie unsere Rechtsgelehrten sie vortragen, ein streitender Theil sich, wenn sein Gegner gegen ihn Beweis durch Zeugen zu führen gesucht hat, zum Behuf seines Gegenbeweises derselben Zeugen bedienen könne. Es

---

[4]) *Sichard* c. l. nr. 1. Brunnemann c. l. nr. 6.

[5]) L. fin. C. de testibus.

versteht sich von selbst, daß er sich zum Zwecke des Beweises seiner Einreden derselben Zeugen bedienen könne. Aber er kann sich ihrer auch bedienen, wenn vom directen oder eigentlich sogenannten Gegenbeweise die Rede ist. Zwar würde es eine zwecklose Handlung seyn, wenn die Zeugen über dieselben Umstände, worüber sie schon bei Führung des Hauptbeweises befragt sind, noch einmal vernommen werden sollten. Hingegen wird es ihm nicht verwehrt seyn, die Zeugen über andere Umstände befragen zu lassen, die, zur Führung des Gegenbeweises dienlich, in den Beweisartikeln nicht berührt sind und in Ansehung deren er also keine Gelegenheit hatte, seine Rechte durch Gegenfragen oder s. g. besondere Fragen wahrzunehmen. Fragen dieser Art hätte er auch in der Gestalt der s. g. Präliminarfragen oder gemeinen Fragstücke zur Sache, als die Zeugen zur Führung des Hauptbeweises abgehört wurden, wenn die Prozeßordnungen einzelner Länder es nicht verbieten, den Zeugen vorlegen lassen können; so wird es ihm auch erlaubt seyn, die Zeugen darüber besonders abhören zu lassen.

Wenn nun derjenige, gegen den zur Führung des Hauptbeweises gewisse Zeugen aufgestellt sind, sich derselben Zeugen zur Führung des Beweises seiner Einreden oder des eigentlichen oder directen Gegenbeweises bedient, so entsteht die Frage, ob er ihre Glaubwürdigkeit in Ansehung des Hauptbeweises bestreiten könne. Nach Justinian's Verordnung steht es keinem Zeugenführer frei, Einwendungen gegen die Personen der Zeugen zu machen, die er für sich aufgestellt hat, wenn sie in einem andern Rechtsstreit gegen ihn aufgestellt werden. Nun können wir a majori ad minus schließen, daß ihm dieß in demselben Rechtsstreit noch weniger erlaubt sey. Der Grund, worauf jene Ver-

ordnung beruht, daß man nicht mißbilligen kann, was man einmal gebilligt hat, ist auch, ja mit noch größerer Stärke, auf denselben Rechtsstreit anwendbar. So wenig nun ein Zeugenführer Zeugen verwerfen kann, die er für sich aufgestellt hat, wenn sie gegen ihn aufgestellt werden, eben so wenig wird aber auch der Gegner Einwendungen gegen die Glaubwürdigkeit von Zeugen machen können, die er dadurch, daß er sie als Zeugen gegen den Zeugenführer aufstellte, für glaubwürdig anerkannte; und hätte er ja dergleichen Einwendungen schon zuvor gemacht, ehe er sich derselben Zeugen beim Gegenbeweise bediente, so sind sie durch die That selbst zurückgenommen. Wenn er sich nicht darauf beschränkt, den Zeugen Gegenfragen zu den Artikeln vorlegen zu lassen, damit ihre Aussage auf die Artikel dadurch erläutert und überhaupt verhütet werde, daß sie kein ihm nachtheiliges Resultat gewähre und also kein Beweis von Seiten des Gegners geführt werde, wenn er vielmehr von seiner Seite Zeugen führt, ja überhaupt wenn er durch sie selbst etwas beweisen oder sich ihrer bedienen will, um durch sie etwas zu beweisen, sey es Einreden, sey es das Gegentheil von dem, was dem Gegner zu beweisen aufgelegt war, sey es in der Gestalt von sogenannten Präliminarfragen, die er den vom Gegner geführten Zeugen vorlegen, oder in eigenen Artikeln, worüber er die von ihm selbst geführten befragen läßt: in allen diesen Fällen wird er nicht berechtigt seyn, gegen die Glaubwürdigkeit der Zeugen Einwendungen zu machen. Er wird nicht sagen können, man soll diesen Zeugen nicht trauen, insoferne sie etwas zu meinem Nachtheil ausgesagt haben, und ihnen trauen, insoferne ihre Aussage zu meinem Vortheil gereicht. Selbst, wenn diese Zeugen zu dem Gegner in gewissen besonderen Ver-

hältnissen stehen, worin sie zu ihm nicht stehen, der Verwandtschaft, Freundschaft, Hausgenossenschaft u. s. w., wird er ihre Glaubwürdigkeit nicht bestreiten können. Indem er sie selbst als Zeugen aufstellte, hat er nicht bloß im Allgemeinen erklärt, daß sie glaubwürdig sind, sondern er hat erklärt, daß ihrem Zeugnisse gerade in dieser Sache zu trauen sey. Er, welcher sie in dieser Sache zu Zeugen vorgeschlagen hat, hat sie auch in dieser Sache für glaubwürdig erklärt, ohne Rücksicht darauf, ob ihre Aussage zu seinem Vortheil oder Nachtheil gereicht. Einreden gegen die Glaubwürdigkeit der Zeugen vortragen und doch auf der anderen Seite wieder wollen, daß ihnen geglaubt werde, verträgt sich so wenig mit einander, daß nach einer Stelle des canonischen Rechts, wenn ein streitender Theil auch nur Einreden gegen solche Zeugen vorgetragen hat, die bloß sein Gegner gegen ihn aufstellte, ihm das nicht zum Vortheil gereicht, was diese Zeugen etwa zu seinen Gunsten ausgesagt haben [6]). Daher geben die Ausleger dem streitenden Theil den Rath, vor der Abhörung der Zeugen sich seine Einreden gegen sie bloß vorzubehalten und in der Folge, nach der Abhörung, wenn das Zeugenverhör eröffnet ist und er nun weiß, was die Zeugen ausgesagt haben, nach Verschiedenheit der Umstände, jene Einreden vorzutragen oder keinen Gebrauch davon zu machen.

---

[6]) cap. 31. X. de testibus.

III.

Von unbekannten Zeugen.

Wenigstens bei einem bekannten Zeugen reicht es hin, daß man nichts Böses ihm nachsagen kann, weil man es wissen würde, wenn er so etwas begangen hätte. Aber ist auch das Zeugniß eines Unbekannten glaubwürdig? Nach der Lehre der Rechtsgelehrten ist das Zeugniß eines Fremden und Unbekannten, besonders eines Vagabunden, verdächtig [1]). Auf den ersten Anblick scheint es vielleicht, daß diese Lehre gegründet sey. Denn, wie soll man Vertrauen haben zu der Wahrhaftigkeit eines Menschen, den man nicht kennt? Allein, wenn man die Sache näher untersucht, so erheben sich gegen die Richtigkeit jener Lehre bedeutende Zweifel. Ist der Zeuge unbekannt, so haben wir keinen Grund, ihm eine besondere Glaubwürdigkeit beizulegen, deren es auch nicht bedarf; wir haben aber auf der anderen Seite keinen Grund, seine Aufrichtigkeit zu bezweifeln, oder m. a. W. Fehlerhaftigkeit bei ihm zu vermuthen. Wäre einem unbekannten Zeugen nicht zu trauen, so würde das Zeugniß eines jeden auswärtigen Zeugen verdächtig seyn, weil man ihn am Ort des Gerichts, nämlich desjenigen Gerichts, welches in der Sache, nach der Aussage des Zeugen, urtheilen soll, nicht kennt. Ja, auch bei einheimischen Zeugen müßte erst eine Untersuchung über ihre Tauglichkeit angestellt werden. Denn kennt wohl der Richter alle die Personen, die in sei-

---

[1]) *Lauterbach* Coll. theor. pract. h. t. §. 36. *Malblanc* princ. jur. rom. §. 608.

nem Lande leben, ja auch nur alle, die in seinem Sprengel wohnen? Und kennte er auch diesen oder jenen, so könnte seine Privatkenntniß doch nicht in Betrachtung kommen, sondern es müßte über die Ehrlichkeit des Zeugen erst ein Beweis zu den Acten geführt werden, damit auch jeder nachfolgende und jeder höhere Richter von der Glaubwürdigkeit des Zeugen überzeugt würde. Im Grunde wäre hiernach jeder Zeuge als ein unbekannter anzusehen, bis seine Tauglichkeit zu den Acten bewiesen wäre, und jeder unbekannte nicht etwa bloß verdächtig, sondern bis dahin, daß über seine Wahrhaftigkeit eine Untersuchung angestellt wäre und sie ein ihm vortheilhaftes Resultat geliefert hätte, völlig verwerflich.

Mit unserem Rechtssystem und den Grundsätzen, die von Zeugen gelten, stimmt es besser überein, wenn man annimmt, daß auch der unbekannte Zeuge als ein tüchtiger und guter anzusehen sey, bis sich Gründe ergeben, die ihn verwerflich oder seine Wahrhaftigkeit verdächtig machen. Der bloße Umstand, daß ein Zeuge unbekannt ist, kann ihn oder sein Zeugniß eben so wenig verdächtig, als verwerflich machen, sondern bloß dem Gegner zur Veranlassung dienen, sich dort, wo er zu Hause ist, oder bei denen, die ihn kennen, nach ihm zu erkundigen, und wenn er etwas erfährt, was dem Zeugen im Wege steht, es ihm als Einwand entgegenzusetzen und nöthigenfalls zu beweisen. So lange dieß nicht geschehen ist, muß der unbekannte und auswärtige Zeuge, wie jeder bekannte und einheimische, für einen tüchtigen und guten angenommen werden.

Ich wüßte wenigstens nicht, was uns berechtigen könnte, hierüber anders zu entscheiden, es müßte denn die

Carolina seyn, welche [2]) von unbekannten Zeugen Folgendes verordnet:

Item unbekannte Zeugen sollen auf Anfechtung des Gegentheils nit zugelassen werden, es würde dann durch den, so die Zeugen gestellet, stattlich fürbracht, daß sie redlich und unverleumbt weren [3]).

Wir sehen hier: die Unbekanntschaft ist ein Einwand, der dem Zeugen entgegengestellt werden kann, und der, wenn er ihm entgegengestellt wird und zwar von Seiten desjenigen, gegen den er zum Beweise gebraucht werden soll, ihn verwerflich macht, wenn nicht der Zeugenführer beweisen kann, daß er redlich und unbescholten sey. Es hat also derjenige, gegen den der Zeuge aufgestellt wird, nicht nöthig, zu beweisen, daß er unredlich sey oder in schlechtem Ruf stehe, sondern der bloße Umstand, daß der Zeuge unbekannt ist, begründet seine Einrede und macht den Zeugen bis dahin verwerflich, daß der Zeugenführer von ihm, daß er redlich und unbescholten sey, nachgewiesen hat.

Für die gewöhnliche Lehre, daß unbekannte Zeugen verdächtig sind, kann sie nichts beweisen. Denn sie handelt bloß von dem, was bei Verbrechen und im Anklageprozeß Rechtens ist; sie erklärt das Zeugniß eines Unbekannten nicht für verdächtig, sondern für verwerflich, oder vielmehr, sie berechtigt den Verbrecher, den gegen

---

[2]) im Art. 63.

[3]) Es scheint hierbei altdeutsches Recht zum Grunde zu liegen, wie es im Kaiserrecht Theil 1. Kap. 19. vorkömmt. (*Senkenberg* corpus jur. Germ. tom. 1. p. 13.) Darnach soll nur ein bekannter Mann, von dem man weiß, daß er nichts begangen, was die Ehre befleckt, zum Zeugen zugelassen werden.

ihn aufgestellten Zeugen wegen seiner Unbekanntschaft zu verwerfen, wenn nicht der Gegner, der ihn aufgestellt hat, also der Ankläger, über seine Ehrlichkeit und Unbescholtenheit Beweise beibringen kann. Wäre sie auf den Civilprozeß so anwendbar, wie sie es nicht ist, so würde sie mehr und zum Theil auch weniger, überhaupt etwas Anderes beweisen, als durch sie bewiesen werden soll.

Wenn man ferner sagt, daß ein vagabundus ein verdächtiger Zeuge sey, so ist dieß viel zu allgemein ausgedrückt. In der Bedeutung, worin die Rechtswissenschaft den Ausdruck nimmt, da er einen Menschen bezeichnet, der keinen Wohnsitz hat, ist er gar nicht verdächtig, m. a. W. der bloße Umstand, daß Jemand keine Heimath hat, ist nicht von der Art, daß er uns berechtigen könnte, seinem Zeugniß zu mißtrauen. Gesetzt z. B., ein Auswanderer hat seine bisherige Wohnstätte verlassen und ist auf dem Wege, sich eine neue zu suchen; dieser ist in sensu juris ein vagabundus und kann doch ein sehr ehrenwerther Mann und völlig glaubwürdiger Zeuge seyn. Viele Andere, die ohne Heimath in der Welt leben und, an keinen Ort gebunden, die Welt als ihr Vaterland betrachten, werden als Zeugen unter die Kategorie der unbekannten fallen, und es würde daher von ihnen dasselbe, was von diesen, gelten müssen. Nur wer ohne bestimmten Zweck als Müßiggänger sich in der Welt umhertreibt, das Land durchstreicht, nicht durch anständige Mittel sich ernährt u. s. w., kurz, nur derjenige, der im gemeinen Leben mit dem Namen eines Vagabunden bezeichnet wird, verdient als Zeuge wenig Glauben, weil sich in seiner Lebensart Unsittlichkeit und Leichtsinn offenbaren. Zu einem Zeugen dieser Art kann man kein rechtes Vertrauen haben; der Mangel desselben kann indessen durch

andere Umstände und die Beschaffenheit seiner Aussage bedeckt werden. Denn, wenn ihm die Personen fremd sind, welche streiten, wenn ihm die Sache gleichgültig ist, worüber gestritten wird, wenn er keinen Grund hat, ein falsches Zeugniß abzulegen, wenn seine Aussage bestimmt, zusammenhängend, umständlich ist, wenn sie mit den Nachrichten, die in den Acten enthalten sind, und mit der Aussage der Nebenzeugen übereinstimmt, sollte man dann wohl berechtigt seyn, ihm zu mißtrauen?

IV.

Testes de auditu.

Wenn vom Beweise vor Gericht die Rede ist, so werden Zeugen verlangt, die bei dem Vorfall, von welchem sie Zeugniß ablegen sollen, selbst gegenwärtig gewesen sind, überhaupt, welche die Erfahrung selbst gemacht haben, worauf es ankömmt [1]). Nur seine eigenen Erfahrungen soll der Zeuge bezeugen, nicht fremde. Einer, der etwas bloß von Anderen gehört hat, ein Testis de auditu, kann nichts, gar nichts beweisen. Ein solcher bezeugt die Begebenheit nicht, von welcher die Rede ist, nämlich nicht, daß sie geschehen sey, worauf es doch ankömmt, sondern er bezeugt bloß, daß ein Anderer sie bezeugt habe. Dessen Zeugniß kann hier also nur in Betrachtung kom-

[1]) c. 15. C. 3. Qu. 9. — Nec de aliis causis vel negotiis dicant testimonium, nisi de his, quae sub praesentia eorum acta esse noscuntur.

men; dasselbe hat aber, aus mehr als einem Grunde, keinen Werth. Denn, auch vorausgesetzt, daß dieser an sich glaubwürdig wäre und seinem Zeugniß sonst nichts entgegenstehen würde, so ist es doch nicht unmittelbar bei Gericht abgelegt; man hat es nur aus der dritten Hand. Auf dem Umwege, durch den es an das Gericht gelangte, hat es vielleicht durch Auslassungen und Zusätze von seiner ursprünglichen Gestalt viel verloren. Man kann es kaum ein Zeugniß nennen; wenigstens kann, was außergerichtlich im Gespräch gesagt ward und der Zeuge vielleicht selbst nur von Anderen gehört hatte, mit einem Zeugniß nicht in Vergleichung gestellt werden, was auf eine feierliche Art, nach geschehener Aufforderung von Seiten des Richters, auf Fragen und Gegenfragen vor ihm, mithin auf eine Art abgelegt ist, daß man annehmen muß, es sey mit Ernst und Ueberlegung, mit Behutsamkeit und sorgfältig gewähltem Ausdruck abgelegt und wobei der Richter nach allen Umständen und nach dem Grunde des Wissens forschen und aus den Antworten und eigenen Ausdrücken des Zeugen, aus dem Inhalt und der Art des Zeugnisses u. s. w. die Glaubwürdigkeit desselben ermessen kann. Besonders aber kömmt hier ein Umstand in Betrachtung, der ganz allein ausreicht, dem Zeugnisse von Hörensagen, oder vielmehr dem anderen Zeugniß (wenn man es so nennen kann), was den Inhalt oder Gegenstand des Zeugnisses vom Hörensagen ausmacht, allen Werth zu entziehen; jenes andere Zeugniß, was nicht unmittelbar an der Quelle geschöpft ward, ist mit keinem Eide bestärkt worden; der, von dem es herrührt, hat es nicht beschworen und, nach der Regel: Testi injurato non creditur, hat es schon deshalb gar keinen

Werth. Diese Regel, die bei einem gerichtlichen und unmittelbar abgelegten Zeugniß gelten würde, muß eben so gut, ja noch mehr gelten, wenn das Zeugniß außergerichtlich und gegen einen Dritten abgelegt ward. Ja, in diesem Fall ist selbst das Daseyn des Zeugnisses noch zweifelhaft, wenn es nur von Einem Zeugen bezeugt wird; und selbst, wenn mehrere es bezeugen, hat es den Grad der Glaubwürdigkeit nicht, den ein bei Gericht abgelegtes hat.

Anders ist es, wenn eine Begebenheit sich in so alte Zeiten verliert, daß keine Zeugen, die davon aus eigener Erfahrung zeugen können, mehr zu haben sind und man sich daher damit begnügen, oder vielmehr, es beim Beweise zu Hülfe nehmen muß, wenn nicht einer, sondern mehrere bezeugen, daß etwas nicht von einem, sondern von mehreren gesagt oder auch nicht gesagt ward, daß etwas als Sage oder auch nicht im Schwange ging. Insoferne hat das testimonium de auditu großen Werth *in antiquis*, namentlich wenn vom Beweise einer Gewohnheit, eines Besitzes ultra hominum memoriam u. s. w. die Rede ist [2]). Auch zum Beweise der Verwandtschaft und der Schwägerschaft sey, sagt das canonische Recht, gegen die sonstige Regel, ein *testimonium de auditu* nicht zu verwerfen. Es kann Verwandtschaft und Schwägerschaft dadurch bewiesen werden, wenn alte und glaubwürdige Leute in einem Ort bezeugen, daß sie von ihren Vorfahren und zwar nicht von einem, sondern von mehreren und dabei ebenfalls unbescholtenen und glaubwürdigen, gehört haben,

---

[2]) L. 28. D. de probat. L. 2. §. 8. D. de aqua et aquae pluviae arc. act.

haben, daß gewisse Personen in einem gewissen Grade mit einander verwandt oder verschwägert sind [3]). Ebenso führt Papst Honorius der Dritte in einem Fall, da über die Gränzen von Amtsbefugnissen gestritten ward, die *fama* als ein Mittel auf, wodurch der Beweis unterstützt werden kann [4]). Sogar soll, was weniger zu billigen ist, der Beweis der *copula carnalis* durch die consentiens fama unterstützt werden können [5]).

Der Regel nach ist aber das Zeugniß mehrerer, wenn es bloß de auditu ist, zum Beweise selbst auch nur soweit nicht tauglich, daß der Beweisführer zum Erfüllungseide zuzulassen wäre [6]); nur ausnahmsweise dient es zur Unterstützung, Ergänzung oder zur Bestätigung dessen, was durch andere Mittel bewiesen wird.

Da ein Testis de auditu nichts beweis't, so wird der Beweis dadurch nicht vermehrt, wenn neben dem Zeugen, der die Erfahrung gemacht hat, ein Anderer bezeugt, daß er sie ihm mitgetheilt habe. Es ist dann doch immer nur Ein Zeugniß über die Begebenheit, die den Gegenstand des Streits ausmacht, vorhanden, und doppelt ist bloß der Weg, auf welchem es zu dem Richter gelangt, welcher nämlich eine gewisse Erfahrung, die ein gewisser Zeuge gemacht hat, einmal von ihm selbst erfährt und zum zweiten von einem Anderen; das Zeugniß beider hat dieselbe Wahrnehmung,

---

3) Dieß soll indessen allein nicht genügen, sondern sie müssen auch noch aus eigener Erfahrung bezeugen, daß jene Personen sich für Verwandte gehalten, oder vielmehr wohl, sich als solche betragen haben — se vidisse personas vel in uno praedictorum gradu constitutas pro consanguineis, se habere. cap. 5. und 47. X. de testibus.

4) cap. 13. X. de probat.

5) cap. 27. X. de testibus.

6) *Wernher* Obs. for. P. 3. obs. 18.

diejenige nämlich, die der erste gemacht und dem zweiten erzählt hat, zum Inhalt. Doch nicht unter allen Umständen möchte ich dem Zeugniß des zweiten Zeugen allen Werth absprechen; es könnte wohl bisweilen dazu dienen, die Glaubwürdigkeit des ersten Zeugen zu erhöhen, mithin den Beweis zu verstärken. Gesetzt, der erste würde erst nach langer Zeit vernommen, und der zweite Zeuge bezeugte, daß er ihm auf frischer That die Begebenheit erzählt habe, und das Zeugniß und die Erzählung stimmten ganz genau mit einander überein, sollte dann wohl das Zeugniß des zweiten Zeugen ohne allen Werth seyn? —

V.

Von der Beeidigung der Zeugen.

Die Gesetzgebung über den Zeugenbeweis besteht aus Bruchstücken; aus einzelnen, aus verschiedenen Zeiten herrührenden Bestimmungen, unter denen es bisweilen schwer ist, den rechten Zusammenhang zu finden; römisches und canonisches Recht, Gerichtsgebrauch, Gesetze der einzelnen Länder, Alles durch einander gemengt; an leitenden Ideen, die das Ganze zusammenhalten und vereinigen, fehlt es. Dieses sehen wir auch beim Eide, den die Zeugen zu schwören haben. Dieser Zeugeneid ist nichts Wesentliches, wie deutlich daraus erhellet, daß die streitenden Theile ihn erlassen können [1]. Die Zeugen haben auch nicht immer geschworen. Wann

[1]) c. 39. X. de testibus, *Leyser* spec. 288. med. 7.

der Zeugeneid zuerst aufgekommen sey, ist ungewiß. Ob die Zeugen schon vor Constantin dem Großen geschworen haben, oder ob dieser Kaiser den Zeugeneid zuerst einführte, darüber herrscht unter den Rechtsgelehrten ein alter Streit. Die Stelle im Codex, worin Constantin verordnet, die Zeugen sollen schwören [2]), scheint deutlich zu ergeben, daß es bis dahin nicht Gesetz oder Sitte gewesen, ihnen einen Eid abzunehmen. Auf diese Stelle gestützt lehren viele, auch Malblanc in seinem classischen Werk vom Eide, daß sie nicht geschworen haben [3]). Hingegen lehren andere, schon vor Constantin sey bei den Römern, wie bei den Griechen, der Zeugeneid üblich gewesen. Dahin gehört namentlich Leyser [4]), welcher, unter Beziehung auf Polletus [5]), seinen Widerspruch auf mehrere, von Polletus angeführte Stellen des Cicero und auf eine von ihm selbst angeführte und hinzugesetzte des römischen Sprachlehrers Asconius Pedianus, der bald nach Cicero lebte, stützt, welche also lautet: Jurati testes produci solent, non solum, ne falsa dicant, verum etiam, ne, quae vera sunt, taceant. Nicht nur, daß diese Stelle stark in's Gewicht fällt, bewegen mich noch folgende Gründe, zu Leyser's Fahnen überzugehen. Erstens ist es schon an sich nicht wahrscheinlich, daß den Zeugen auf ihr bloßes Wort geglaubt ward. Zweitens räumen die Gegner selbst ein, daß sie bei den judiciis publicis geschworen haben. Also war der Zeugeneid bekannt und gebräuchlich, und wenn dieses ist, so ist es noch weit unwahrscheinlicher, daß man den Gebrauch der Beeidigung

---

[2]) L. 9. C. de testibus.

[3]) *Malblanc* doctr. de jurejurando ed. 2. §. 77. 78. p. 217. sq.

[4]) spec. 288. med. I.

[5]) historia fori romani lib. 4. cap. 13.

nicht auch in bürgerlichen Angelegenheiten befolgt haben sollte. Endlich beweis't das Gesetz des Constantin gar nicht so viel, als es beweisen soll. Wenn man die Stelle näher betrachtet, so hat kraft dieses Gesetzes Constantin nicht verordnet, daß die Zeugen schwören sollen, sondern daß sie vor der Vernehmung schwören sollen.

Auch wir lassen die Zeugen schwören vor dem Verhör, daß sie die Wahrheit sagen wollen oder, nach besonderen Gesetzen, nach dem Verhör, daß sie selbige gesagt haben; nachdem wir uns auf solche Art ihrer Wahrhaftigkeit durch den Eid versichert haben, lassen wir Einreden gegen sie zu, die ihre Wahrhaftigkeit in Zweifel stellen. Wir lassen sie Haß und Gunst, Rücksicht auf eigenen Vortheil oder Nachtheil u. s. w. abschwören, und doch finden wir es glaublich, daß diese Dinge auf ihr Zeugniß von Einfluß gewesen sind. Wenn die Zeugen abgehört würden, ohne zu schwören, da könnte allerdings dem Verdacht Raum gegeben werden, daß sie aus Haß oder Gunst, Rücksicht auf eigenen Vortheil u. s. w. die Wahrheit verhehlt hätten. Aber kann diese Besorgniß fortdauern, wenn sie geschworen haben, wird sie nicht durch den Eid gehoben? Ist der Eid nicht hinlänglich, jenes Mißtrauen zu beruhigen, und, wenn er es nicht ist, hat er dann einigen Werth? Hätte der Zeuge weder Haß, noch Gunst, wäre er ein redlicher Mann, der Ausgang der Sache ihm gleichgültig, so bedürfte es gar keines Eides; jetzt dient der Eid, die Wahrhaftigkeit des Zeugen zu bestärken und das Mißtrauen, was persönliche Fehler, Verhältnisse des Zeugen u. s. w. erwecken, zu beruhigen; soll dieses dennoch fortdauern, die bloße Möglichkeit, der Zeuge könne aus Haß oder Gunst u. s. w. ein falsches Zeugniß abgelegt und seinen Eid verletzt haben, auf unser Urtheil

über den Werth seines Zeugnisses von Einfluß seyn? Nein, wenn dem Zeugen bloßer Verdacht entgegen stand; der Eid heilt, wie es scheint, jeden Verdacht, und wenn wir ihn schwören ließen, dürfen wir ihm nicht hinterher zutrauen, daß er sein Gewissen und die Wahrheit verletzt habe, es müßte sich denn aus der Beschaffenheit seines Zeugnisses ein neuer Grund zum Verdacht gegen ihn ergeben. Soll der frühere Verdacht fortdauern, wozu hat dann der Eid geholfen? Man hätte nicht nöthig gehabt, den Zeugen schwören zu lassen, wenn der Verdacht nach dem Eide, wie vorher, bestehen sollte.

Diese Grundsätze scheinen der Natur der Sache gemäß zu seyn; mit den Gesetzen, wie sie sind, stimmen sie nicht überein. Nach ihnen kommt dem Eide in Hinsicht auf die Glaubwürdigkeit der Zeugen keine Heilkraft zu. Der Eid beruhigt das Mißtrauen nicht; es bleibt alles, wie es vorher war. Nicht bloß die Zeugen leisten ihn, denen Einwendungen entgegen stehen, die ihre Glaubwürdigkeit aufheben oder schwächen, sondern auch diejenigen, welche über allen Einwand erhaben sind; er, den alle, auch die classischen Zeugen, leisten, kann die unclassischen den classischen nicht gleich machen. Er ist conditio sine qua non aller Glaubwürdigkeit überhaupt, etwas, was dem Verhör eines jeden Zeugen vorhergehen (oder darauf folgen) muß, ehe es überhaupt zur Frage kommen kann, ob ihm zu glauben sey und in welchem Grade.

VI.

Ueber die zu einem vollständigen Beweise erforderliche Zahl der Zeugen.

Es ist ein so allgemein bekannter, täglich zur Anwendung kommender Satz, daß zu einem vollständigen Beweise zwei Zeugen gehören, daß die Rechtsgelehrten sich kaum die Mühe zu nehmen pflegen, ihn zu beweisen. Wenigstens ist der Beweis, den sie führen, etwas dürftig, und wenn sie von den Mitteln Gebrauch machen wollten, die ihnen zu Gebote stehen, könnten sie schon etwas mehr thun.

Daß zweier Zeugen Zeugniß zum Beweise hinlänglich sey, beweis't:

1) der Umstand, daß nach Constantin's Verordnung das Zeugniß Eines Zeugen zum Beweise nicht hinlänglich ist [1];
2) daß nach canonischem Recht zwei oder drei Zeugen zum Beweise erforderlich sind [2]. Daraus folgt klar, daß zwei hinlänglich sind. Hiermit stimmt es überein, wenn es an einer anderen Stelle heißt, daß zum Beweise auf's Wenigste zwei Zeugen erfordert werden [3]. Das canonische Recht sagt ferner, es gibt einige Fälle, in welchen mehr als zwei Zeugen erforderlich sind [4]. Folglich sind, der Regel nach, nur

[1]) L. 9. C. de testibus.

[2]) cap. 5. X. de testibus. cap. 23. X. eod. cap. 28. X. eod.

[3]) cap. 47. X. de testibus.

[4]) cap. 23. X. de testibus.

zwei erforderlich. Ebenso fand der Papst in einem vorgekommenen Rechtsfalle, daß die Aussage eines Zeugen zur Verurtheilung nicht genüge, und billigte das Urtheil, was auf die Aussage zweier gebauet war [5]).

3) Auch die Carolina stimmt hiermit überein. Zu einem vollständigen Beweise erfordert sie das Zeugniß von wenigstens zwei oder drei glaubhaften guten Zeugen [6]). Wenn nun selbst in der Sphäre des Strafrechts zwei Zeugen zu einem vollständigen Beweise hinlänglich sind, so können auch in den minder wichtigen Streitigkeiten über das Mein und Dein deren nicht mehr erforderlich seyn.

Im römischen Recht wird geradezu nirgends gesagt, daß zwei Zeugen zum Beweise hinlänglich sind. Zwar sagt Ulpian [7]): Ubi numerus testium non adjicitur, etiam duo sufficient: pluralis enim elocutio duorum numero contenta est. Allein dieß heißt doch nichts weiter, als, wenn ein Gesetz oder eine Verordnung u. s. w. Zeugen erfordert, ohne die Zahl zu bestimmen, so sind zwei zum Beweise hinlänglich. Dieß ist etwas, was sich von selbst versteht und wir nicht nöthig haben, von Ulpian zu lernen. Wer in der Mehrzahl spricht und mehrere Sachen verlangt, ohne die Zahl zu bestimmen, der will und muß zufrieden seyn, wenn er deren zwei erhält, da zwei schon eine Mehrheit ausmachen. Dieser Grundsatz, der in vielen anderen Fällen zur Anwendung kömmt [8]), ja so allgemein gültig ist, wie nur irgend einer, wird hier von Ulpian namentlich

---

5) cap. 10. X. de testibus.
6) S. den 67. Art. der Carolina.
7) L. 12. D. de testibus.
8) L. 217. D. de Verb. Sign. L. 17. §. ult. D. de manum. testam. cap. 40. de reg. jur. in 6to.

auf Zeugen angewandt; denn er führt als Grund an: Pluralis enim *elocutio* duorum numero contenta est. Nur insoferne könnte dieser Grundsatz hierher gehören, als das römische Recht sich mit dem Zeugniß Eines Zeugen nicht begnügen will, also deren mehrere verlangt, und, da es also die Größe der Zahl nicht bestimmt hat, könnte man sagen, müsse auch hier die Regel Anwendung finden: Pluralis elocutio duorum numero contenta est, — wenn es nicht etwa die Meinung des römischen Rechts gewesen ist, dem Richter bloß insoferne die Hände zu binden, daß er mit dem Zeugniß Eines Zeugen nicht zufrieden seyn darf, sie ihm aber im Uebrigen ganz frei zu lassen, nämlich ihm die Macht einzuräumen, nach Bewandniß der Umstände, der Glaubwürdigkeit der Zeugen, der Beschaffenheit ihrer Aussage u. s. w. sich bald mit dem Zeugniß zweier Zeugen zu begnügen, bald deren mehrere zu verlangen. Das von Callistratus angeführte Schreiben des Hadrian an den Valerius Verus könnte vielleicht auch diesen Sinn in sich schließen. Zwei wären dann nach römischem Recht nur das *minimum* und der Richter könnte auch, nach Umständen, deren mehr erfordern. Die Lehre, daß zwei tadellose Zeugen in allen Fällen zum Beweise hinlänglich sind, stützt sich hauptsächlich auf das canonische Recht und dieses wieder auf einige bekannte Stellen der Bibel, wornach die Wahrheit durch die übereinstimmende Aussage von zwei oder drei Zeugen erforscht wird, zwei also zum Beweise hinlänglich sind, und hat auf allen Fall einen ganz entschiedenen Gerichtsgebrauch für sich. Gewöhnlich fällt es dem streitenden Theil schon schwer, auch nur zwei tadellose Zeugen aufzustellen, welche die von ihm behauptete Begebenheit, als in ihrer Gegenwart geschehen, bezeugen können. Sollte eine

noch größere Zahl tadelloser Zeugen erforderlich seyn, so würde ein durch Zeugen geführter vollständiger Beweis zu den Seltenheiten gehören, zumal der Gegner das schwerlich leugnen wird, was drei und vier Zeugen bezeugen können.

Nur das etwa könnte noch geschehen, was schon dem altdeutschen Recht gemäß war, daß dem Beweisführer die Pflicht aufgelegt würde, den Beweissatz, wenn er ihn nicht durch drei Zeugen zu beweisen im Stande war, mit einem ergänzenden Eide zu bestätigen, oder, kurz, den Mangel eines dritten Zeugen mit seinem Eide zu bedecken, vorausgesetzt, daß er de veritate zu schwören im Stande wäre. Denn, ungeachtet der Behutsamkeit, die man in den Gerichten beim Zeugenbeweise anwendet, ist dieses Mittel so zuverlässig nicht, als es demjenigen vielleicht scheint, der hier nicht aus der Erfahrung sprechen kann. Nicht ein mit Vorsatz abgelegtes falsches Zeugniß, nicht Anwendung von Mitteln, wodurch dieses bewirkt wird, überhaupt nicht die groben und in die Augen fallenden Hindernisse der Wahrhaftigkeit, wovor man sich fürchtet, sind zu besorgen, sondern mehr noch die feineren, wovor man nicht so sorgfältig auf seiner Hut ist und auf die man wohl gar nicht zu achten pflegt. Leicht kann es geschehen, daß mehrere aus denselben Gründen auf dieselbe Art getäuscht wurden, leicht, daß sie sich in der Erinnerung täuschen. Länge der Zeit, seit die Begebenheit geschah, bis zu dem Zeitpunct, da das Zeugniß abgelegt wird, Menge verschiedenartiger Eindrücke, die der Zeuge damals oder seit der Zeit empfangen hat, lebhafter Antheil, den der Zeuge an der Sache nimmt, eine bloße Unterredung mit dem Zeugenführer oder dem Mitzeugen, wodurch sich die Kenntniß des Anderen dem Zeugen mittheilt, er bewogen wird, unsichere Wahrnehmungen als sicher zu bezeugen, Miß-

verstehen des Zeugen oder des Richters, ein nicht sorgfältig genug gewählter Ausdruck in der Antwort, wie der Zeuge sie gibt, oder wie das Protocoll sie wiedergibt, alle diese und viele andere Umstände mehr können von nachtheiligem Einfluß seyn, können machen, daß, bei allem Anschein des Gegentheils, die reine Wahrheit zu dem Richter den Weg nicht findet.

IV.

Vom

Widerspruch unter den Zeugen

verglichen mit dem

was beim Widerspruch unter den Urkunden Rechtens ist; auch von der Collision der Beweise überhaupt.

Im Winter 1832 — 33.

Ein Widerspruch unter Zeugen kann sich hauptsächlich auf doppelte Art äußern.

Einmal, die von demselben streitenden Theil aufgestellten Zeugen stehen mit sich selbst oder mit einander im Widerspruch.

Zweitens, es sind von beiden streitenden Theilen Zeugen aufgestellt und die Zeugen des einen widersprechen denen des anderen; nicht nur die streitenden Theile, sondern auch ihre Zeugen stehen einander feindlich gegenüber.

Dieser letztere Fall wird von den Rechtsgelehrten hauptsächlich in Betrachtung gezogen, und J. H. Böhmer, wenn er von der Collision der Beweise handelt, hat diesen Fall ausschließlich vor Augen [1]). Es lassen sich übrigens noch mehrere Fälle der Collision zwischen Zeugen denken; auf der anderen Seite läßt sich aber auch die ganze Lehre sehr vereinfachen, wie sich dieß in der Folge mit Mehrerem ergeben wird. Für das Erste mag es an den aufgestellten Unterscheidungen genug seyn [2]).

---

[1]) *J. H. Boehmer.* Jus eccl. Prot. lib. 2. tit. 19. §. 15. *Ejusdem* diss. de collisione probationum §. 4. sq.

[2]) Bei widersprechenden Aussagen muß man zuvörderst den Versuch machen, ob es nicht möglich ist, sie mit einander zu vereinigen. Viel-

Ehe ich aber vom Widerspruch der Zeugen handle, wird es nicht undienlich seyn, wenn ich zuvor mit wenig Worten vom Widerspruch der Urkunden rede. Auf solche Art werden wir nicht nur die Grundsätze kennen lernen, die beim Widerspruch der Zeugen gelten, sondern wir werden auch im Stande seyn, sie mit anderen, die eine verwandte Materie zum Gegenstande haben, zu vergleichen, und beide werden sich wechselseitig aufhellen und unterstützen.

Wenn Urkunden einander widerstreiten, so muß man den Gesetzen zufolge folgenden Unterschied machen:

1) Es finden sich Widersprüche in derselben Urkunde; eine solche Urkunde kann gar nichts beweisen. Die Beweiskraft der einen Stelle hebt diejenige der anderen auf [3]).

2) Ein streitender Theil bringt mehrere Urkunden zum Vorschein, die einander widerstreiten; dann vernichtet

---

leicht ist der Widerspruch nur scheinbar; er liegt vielleicht bloß in den Ausdrücken, während die Zeugen in der Sache selbst mit einander einig sind. Oder es kann seyn, daß die Zeugen, indem sie entgegengesetzte Behauptungen aufstellen, von verschiedenen Begebenheiten reden, also einander nicht widersprechen. cap. 16. X. de testibus. (Haben sich die Zeugen dunkel oder zweideutig ausgedrückt, so muß der Richter, wenn er etwa nicht schon beim Verhör selbst das Dunkel aufzuklären bemüht gewesen, die Zeugen auch ex officio aufs Neue vernehmen. cap. 53. X. de testibus.) Es läßt sich auch hier anwenden, was Leyser in Beziehung auf Urkunden sagt, die einander widersprechen: Ante omnia laborandum est judici, an commoda interpretatione conciliare invicem, quae sibi contraria videntur, queat. *Leyser* spec. 281. med. 1. 2. 3.

[3]) L. 188. D. de reg. jur. *Leyser* spec. 281. med. 1.

die Beweiskraft der einen Urkunde diejenige der anderen und es ist nichts bewiesen [4]).

Es kann indessen seyn, daß die eine später errichtet ist und man sieht, daß in der Zwischenzeit eine Willensänderung vorgegangen ist, dann hat die spätere den Vorzug und thut der früheren Abbruch [5]).

3) Es werden von beiden streitenden Theilen Urkunden zum Vorschein gebracht, wovon diejenige des einen derjenigen des anderen widerspricht. Wenn beide gleich glaubwürdig, sie sich also an Beweiskraft einander gleich sind, dann hat keine den Vorzug vor der anderen, und da in einem Fall dieser Art nichts bewiesen ist, weil die Beweiskraft der einen Urkunde durch diejenige der anderen zerstört wird, so muß das Urtheil gegen denjenigen ausfallen, welchem der Richter die Beweislast

---

[4]) *L. 14. C. de fide instrumentorum.* Scripturae diversae fidem sibi invicem derogantes, ab una eademque parte prolatae, nihil firmitatis habere poterunt. cap 13. X. eod.

[5]) Eigentlich beweisen dann beide Urkunden, aber die eine beweist, was früher, die andere, was später geschehen ist, und nicht die eine Urkunde thut der anderen Abbruch, sondern die spätere Willenserklärung geht der früheren vor. Es sind dann gar nicht instrumenta *contradictoria*, wie Böhmer selbst bemerkt, sondern *derogatoria*, ex quibus ultimum valet. Er setzt hinzu: Si non constat, quid postremo loco confectum est, ad circumstantias erit recurrendum vel ex natura negotii de derogatione statuendum. L. 47. D. de leg. 2. *Grannanietto* ad cap. 13. X. de fide instrum. nr. 4. quae in dubio magis praesumitur, quam contradictio. *Saminiat* controv. 52. nr. 3. sq. Similiter ex circumstantiis judicandum, an vera an tantum apparens adsit contradictio; nam in dubio dispositiones ita sunt intelligendae, ne sibi contradicant. cap. 6. X. de fide instrum. etc.

aufgebürdet hatte und der ihr nicht gewachsen war [6]). Gewöhnlich wird wohl die eine ein Uebergewicht von Glaubwürdigkeit vor der anderen haben, und dann hat diese den Vorzug. Man möchte glauben, die Beweiskraft der einen schwäche dann doch immer diejenige der anderen und folglich sey der Beweis oder Gegenbeweis nicht vollständig geführt, und es müsse der Richter nach Verschiedenheit der Umstände dem einen oder dem anderen einen Eid auflegen [7]); allein dem ist nicht also. Nur der einen wird geglaubt, derjenigen nämlich, welche mehr Glauben verdient, mit gänzlicher Ausschließung der anderen. Es hat dieß die Analogie des Zeugenbeweises und den Umstand für sich, daß, wenigstens in einem Fall, die Frage, was Rechtens sey, wenn Urkunde gegen Urkunde zum Vorschein gebracht wird, also beantwortet wird [8]). Auch stimmen alle Rechtslehrer hierin überein [9]).

Ich

[6]) J. H. Boehmer Jus eccl. Prot. lib. 2. tit. 19. §. 38.

[7]) *Voet* ad tit. Dig. de fide Instrum. §. 15.

[8]) L. 14. C. de contrah. et com stipulat.

[9]) *Brunnemann* ad L. 14. C. de fide instrum. *Lauterbach* Coll. theor. pr. tit. de fide instrum. §. 56. *J. H. Boehmer* Jus eccl. Prot. Lib. 2. tit. 19. §. 36. sq. *Leyser* spec. 281. med. 1. 2. 3. *A. Faber* Codex defin. for. lib. 4. tit. 16. defin. 3. So bemerkt J. H. Böhmer, diejenige Urkunde habe den Vorzug, welche ihrem Inhalt nach glaubwürdiger ist. Standum erit instrumento, quod verosimiliora continet. *J. H. Boehmer* c. l. Eben so bemerkt Leyser, der Richter müsse nach seinem vernünftigen Ermessen bestimmen, welche von beiden glaubwürdiger sey. Es soll dieß jedoch nicht bloß von dem Inhalt abhängen, sondern auch andere Umstände können hierbei in Betrachtung und der einen Urkunde gegen die andere zu Hülfe kommen,

Ich komme jetzt zu dem Hauptthema dieser Abhandlung und handle vom Widerspruch unter den Zeugen.

Wenn 1) ein Zeuge sich selbst widerspricht, so ist sein Zeugniß ohne allen Werth. Betrifft sein Widerspruch die Begebenheit selbst, die durch ihn bezeugt werden soll, so kann er schon deshalb keinen Glauben finden, weil man nicht weiß, wann man ihm glauben soll, ob das erste Mal, da er die Begebenheit so, oder das zweite Mal, da er sie anders darstellt. Auch selbst ein Widerspruch in den Nebenumständen muß alles Vertrauen zu dem Zeugen gänzlich aufheben. Denn da es nicht möglich ist, daß beides zugleich wahr seyn könne, so hat der Zeuge nothwendig in Ansehung des einen Puncts ein falsches Zeugniß abgelegt und dadurch auch in Hinsicht auf die übrigen allen Glauben verloren. Selbst dann, wenn zwischen den beiden Aussagen ein merklicher Zeitraum verstrichen wäre, würde durch vorhandenen Widerspruch ein nicht zu beruhigendes Mißtrauen gegen den Zeugen erweckt werden. Man sieht, was den Zeugen verdächtig macht, den Widerspruch; aber, was diesen Widerspruch etwa entschuldigen könnte, das sieht man nicht. Der Grund desselben bleibt verborgen; es kann der Ablauf der Zeit die Erinnerung geschwächt haben; aber, ob dieß wirklich der Fall war, bleibt ungewiß. Die Gesetze unterscheiden hier auch nicht zwischen Haupt- und Nebenumständen, noch zwischen widersprechenden Aussagen, die durch die Zeit mehr

---

so daß sie über die andere den Sieg davon trägt. — Diese Meinung Leysers ist mit demjenigen, was beim Zeugenbeweise gilt, im Einklang und für richtig anzunehmen. Dieselbe Wirkung kann auch die Mehrheit gleichlautender Urkunden hervorbringen. *Leyser* spec. 281. med. 2. 3.

oder weniger getrennt sind, wenn sie unbeständigen Zeugen, oder die in ihren Aussagen wanken, allen Glauben absprechen; sie setzen das unbeständige Zeugniß mit dem falschen in eine Classe [10]). Es sind indessen von Zeugen, wovon hier die Rede ist, die sich unwillkührlich selbst widersprechen und in der Gestalt der Lügner erscheinen, die ein kurzes Gedächtniß haben, diejenigen zu unterscheiden, die eine frühere Aussage selbst widerrufen, indem sie bei weiterem Nachsinnen selbige als irrthümlich erkannt haben.

Hat ein Zeuge, der sich selbst widerspricht, Nebenzeugen, so versteht es sich, daß die Verwerflichkeit des einen Zeugen den anderen nicht schaden könne; auf die Zeugnisse der Nebenzeugen ist die Fehlerhaftigkeit des seinigen ohne Einfluß; sie bleiben in ihrem Werth [11]). Auf der anderen Seite wird aber auch das Zeugniß seiner Nebenzeugen dadurch keinen Zuwachs erhalten können, daß ein Zeuge in manchen Stücken mit ihnen übereinstimmt, der kein Vertrauen verdient.

Von dem Fall, da ein Zeuge sich selbst widerspricht, ist nun 2) ein anderer, da zwei Zeugen, die von demselben Zeugenführer aufgestellt sind, einander widersprechen, wohl zu unterscheiden. In diesem Fall entsteht nicht gerade der Verdacht eines falschen Zeugnisses, wie in dem vorigen, wenigstens nicht gegen ein bestimmtes Individuum, sondern es wird nur die Beweiskraft des einen Zeugnisses durch die gleich starke Beweiskraft des anderen aufgehoben [12]), und dieß auch nicht in allen Fällen, sondern nur dann, wenn sie

---

[10]) L. 2. D. de testibus. L. 16. D. eod. L. 27. §. 1. D. de lege Cornelia de falsis. Art. 71. der Carolina.

[11]) cap. 9. X. de probat.

[12]) cap. 9. X. de probat.

sich in Ansehung der Begebenheit selbst widersprechen. Man kann nämlich in diesem Fall, glaube ich, allerdings einen Unterschied machen zwischen einem Widerspruch in Ansehung der Begebenheit selbst und in Ansehung der Umstände, also m. a. W. in Ansehung der Hauptsache und in Ansehung der Nebendinge. Dieser Unterschied war im vorigen Fall verwerflich, in diesem scheint er sehr gegründet zu seyn. Wenn die Zeugen in der Hauptsache, in demjenigen, was man von ihnen eigentlich wissen will, und durch sie bewiesen werden soll, übereinstimmen und sie bloß in Nebenumständen von einander abweichen, dann kann man ihnen, wenigstens im Allgemeinen, nicht alle Glaubwürdigkeit absprechen.

Unter den Rechtsgelehrten gibt es über diesen Punct nicht weniger, als vier verschiedene Meinungen. Leyser führt sie alle auf. Einige verwerfen den Unterschied zwischen einem Widerspruch in Ansehung der Hauptsache und in Ansehung der Nebenumstände gänzlich, indem sie annehmen, daß Zeugen, die sich einander, sey es auch nur in Ansehung der Nebenumstände, widersprechen, durchaus verwerflich sind und durch sie gar nichts bewiesen werden könne. Andere hegen eine gerade entgegengesetzte Meinung; sie halten nämlich dafür, daß ein bloßer Widerspruch in Ansehung der Nebenumstände der Glaubwürdigkeit in Ansehung der Hauptsache gar nicht schade. Noch Andere unterscheiden zwischen den verschiedenen Arten der Nebenumstände, ob sie merkwürdig, nahe liegend oder entfernt, bedeutend oder unbedeutend u. s. w. sind. Wieder Andere nehmen an, daß eine Verschiedenheit in Ansehung der Nebenumstände die Aussage der Zeugen nicht ganz und gar verwerflich mache, sondern nur ihre Beweiskraft vermindere. Leyser selbst

endlich übergibt die ganze Sache dem vernünftigen Ermessen des Richters. Seine Meinung kann für eine fünfte gelten. Darnach würde der Richter in einzelnen Fällen, nach Verschiedenheit der Umstände, den Widerspruch bald mehr, bald weniger berücksichtigen, bald die Zeugen gänzlich verwerfen, bald ihnen nur weniger trauen. Das Gedächtniß der Menschen, bemerkt Leyser, ist schwach, sie selbst sind dem Irrthum unterworfen und täuschen sich oftmals in Ansehung der Nebenumstände. Itaque totam hanc rem arbitrio et religioni judicantium permitto, neque eos ad discrimen illud, quod nonnulli inter circumstantias notabiles et leviores, propinquas et remotas, extrinsecas et intrinsecas constituunt, alligo. Nam aliquando contrarietas etiam in levioribus, remotis et extrinsecis circumstantiis testes mendacii, falsique convincit etc. [13]).

In allen jenen Meinungen ist etwas Wahres enthalten und die Rechtsgelehrten irren nur darin, daß jeder seine Meinung mit gänzlicher Ausschließung des anderen geltend zu machen sucht, indem er das für allgemein gültig ausgibt, was nur in einzelnen Fällen gelten kann. Diejenigen scheinen von der Wahrheit am meisten entfernt zu seyn, welche um einer Verschiedenheit willen, welche die bloßen Nebenumstände angeht, die Zeugen gänzlich verwerfen. Dieß könnte, wenn überhaupt, nur unter ganz außerordentlichen Umständen gerechtfertigt werden. Der Regel nach kann eine Verschiedenheit in Ansehung der Nebenumstände den Richter nicht berechtigen, den Zeugen in Ansehung der Hauptsache allen Glauben zu entziehen. Die Nebenumstände, eben weil sie solche sind, ziehen die Aufmerksamkeit weniger auf sich

---

[13]) *Leyser* spec. 287. med. 1.

und der Zeuge wird sich in Ansehung ihrer um so leichter irren können, je gespannter er auf die Hauptbegebenheit war, also je zuverlässiger sein Zeugniß in Ansehung ihrer ist. Wie oft geschieht es nicht, daß zwei Personen, die bei einem Vorfall gegenwärtig waren, wenn sie nach Verlauf einiger Zeit im Gespräch darauf zurückkommen, über die Nebenumstände mit einander in Streit gerathen. Während die Hauptbegebenheit ihnen beiden gegenwärtig blieb, hat der eine oder andere diesen oder jenen Umstand weniger beachtet und ihn eben deswegen aus dem vielleicht nicht getreuen Gedächtniß verloren. Die Verschiedenheit in Ansehung der Nebenumstände kann bloß dazu dienen, das Vertrauen zu den Zeugen und den Glauben an die Wahrheit ihres Zeugnisses zu vermindern, und zwar mehr oder weniger, je nachdem die Umstände mehr oder weniger von Bedeutung sind und ein Irrthum in Ansehung ihrer mehr oder weniger zu entschuldigen ist. Sie wird in vielen Fällen gar nicht in Betrachtung kommen, namentlich, wenn beide Zeugen über den Nebenumstand sich unsicher ausgedrückt haben, ja wenn auch nur einer von ihnen dieß gethan hat. Wären der Zeugen drei und alle stimmten in der Hauptsache, zwei auch in dem Nebenumstande überein, und nur der dritte wiche in Ansehung des letzteren von den Nebenzeugen ab, so würde ein Zwiespalt dieser Art gar nicht in Betrachtung kommen können.

Eine eigene Betrachtung verdient die Frage, was Rechtens sey, wenn die Zeugen in Ansehung derjenigen Nebenumstände, die sich von einer Begebenheit gar nicht trennen lassen und durch welche das Daseyn derselben bedingt wird, nämlich des Orts und der Zeit, nicht übereinstimmen. Hei-

neccius[14]) gibt, unter Beziehung auf Struv[15]), die Regel: Ut si testes sibi contradicant, nihil probatum sit, *sive in re ipsa, sive in circumstantia loci et temporis pugnent*, nisi factum iterari potuerit.

Ein wahrer Widerspruch kann nur seyn, wenn er dieselbe Begebenheit betrifft, indem der eine bezeugt, daß sie, der andere, daß sie nicht, oder etwas anderes statt ihrer geschehen sey. Die Umstände des Orts und der Zeit verändern nun aber die Begebenheit und das Zeugniß. Beim Mangel der Uebereinstimmung in Ansehung des Orts und der Zeit wird daher im Allgemeinen kein Widerspruch zwischen den Zeugen anzunehmen seyn; beide Zeugnisse sind nicht einander entgegengesetzt, sondern von verschiedenem Inhalt, indem sie von verschiedenen Begebenheiten handeln. Die Wahrheit des einen Zeugnisses schließt diejenige des anderen nicht aus; sie können neben einander bestehen[16]). Daher sind diese Zeugen nicht *contrarii*, sondern vielmehr *singulares*, und selbst, wenn von einer Begebenheit die Rede wäre, die sich nur einmal ereignen kann, würde kein eigentlicher Widerspruch unter ihnen vorhanden seyn, aber die Wahrheit ihres Zeugnisses würde dadurch zweifelhaft gemacht werden; allen Werth könnte man ihm, wenigstens wenn das Zeugniß lange nach der Begebenheit abgelegt wäre und die Verschiedenheit bloß die Zeit beträfe, in Ansehung deren ein Gedächtnißfehler leicht möglich ist, wohl nicht absprechen.

Stimmen endlich alle Zeugen darin überein, daß die Forderung selbst, wovon die Rede ist, vorhanden sey, und

---

[14]) Elem. jur. civ. §. 144.

[15]) Ex. XXVIII. 48.

[16]) cap. 16. X. de testibus.

sie weichen bloß in Hinsicht auf die Größe von einander ab, so findet eine Verurtheilung in die geringste Summe, als worin alle übereinstimmen, statt [17]).

Ich verlasse jetzt diesen zweiten Fall, worauf ich noch einmal zurück zu kommen genöthigt seyn werde, um von dem dritten zu reden.

Gesetzt also 3) daß die Zeugen des einen streitenden Theils das Gegentheil von demjenigen ausgesagt haben, was diejenigen des anderen, in diesem Fall würde, wenn auf beiden Seiten alles gleich wäre, wenn das eine so wahrscheinlich, wie das andere, wenn die Zahl der Zeugen auf beiden Seiten gleich wäre, alle Zeugen von gleicher Glaubwürdigkeit wären, dann würde der eine Beweis den anderen aufheben und das Urtheil mithin gegen denjenigen ausfallen müssen, dem der Richter die Beweislast aufgelegt hätte [18]). Von dieser Regel finden jedoch in einzelnen Fällen Ausnahmen statt, da nämlich, wo die besondere Begünstigung der Sache, wofür der eine Theil streitet, z. B. weil sie die Sache der Freiheit ist, in Betrachtung kommt, indem sie bewirkt, daß bei vorhandener Gleichheit der Beweise das Urtheil zu Gunsten der vorgezogenen Sache ausfallen muß. Die Natur der einen Sache verschafft dann, nach den positiven Gesetzen, ihr ein Uebergewicht, was an sich nicht vorhanden seyn würde [19]).

---

[17]) L. 110. pr. D. de reg. jur. *Leyser* spec. 287. med. 2. Es hätte auch L. 38. §. 1. D. de re jud. hier angeführt werden können.

[18]) cap. 3. X. de probat. *Leyser* spec. 287. med. 2.

[19]) *L.* 24. §. 1. *D. de manumissionibus.* Sed et si testes non dispari numero tam pro libertate, quam contra libertatem dixerint, pro libertate pronunciandum esse saepe constitutum est.

Ist aber keine Gleichheit, sondern auf der Seite der einen Sache ein Uebergewicht des Beweises vorhanden, so trägt diese den Sieg davon. Das Uebergewicht kann durch die größere Zahl entstehen [20]); noch mehr aber, wie die Zahl, kömmt die größere Glaubwürdigkeit der Zeugen, wie sie aus ihrer Persönlichkeit, ihrem Lebenswandel und dem guten Ruf, worin sie stehen, hervorgeht, in Betrachtung [21]); wenigstens kann die größere Glaubwürdigkeit der Zeugen des einen die größere Zahl des anderen aufwiegen [22]). Auch die innere Glaubwürdigkeit des Zeugnisses ist geeignet, dem einen Beweise gegen den anderen ein Uebergewicht zu verschaffen [23]).

Sehr bemerkenswerth ist der Grundsatz, den das römische, und, besonders entschieden, das canonische Recht, aufstellt, daß, wenn die Aussagen der Zeugen beider streitenden Theile einander entgegenstehen, außer dem Fall einer Gleichheit, sie sich einander keinen Abbruch thun, sondern, daß dann diejenigen Zeugen vorzuziehen sind, welche mehr Glauben verdienen, oder, deren Aussage glaubwürdiger ist, oder, wie die Summa der hierher gehörigen Hauptstelle des canonischen Rechts — *cap.* 32. X. *de testibus* — dieß ausdrückt: Si actoris et rei testes contraria deponunt, fidem sibi non derogant, sed praeva-

[20]) L. 3. §. 2. D. de testibus. cap. 9. X. de probat. cap. 32. X. de testibus.

[21]) L. 21. §. 3. D. de testibus. cap. 32. X. de testibus. cap. 3. X. de probat. *J. H. Boehmer* jus. eccl. Prot. lib. 2. tit. 19. §. 15. sq. *Leyser* spec. 287. med. 4 et 5. S. auch dieses Werks ersten Theil S. 191. folg.

[22]) cap. 32. X. de testibus.

[23]) L. 21. §. 3. D. de testib. cap. 32. X. de testib.

lent digniores et verisimiliora deponentes: et, si in caeteris est disparitas, praefertur numerus.

Vorausgesetzt wird hierbei, daß auf jeder Seite mehrere Zeugen vorhanden sind, daß jeder streitende Theil vollständig bewiesen hat, wenigstens derjenige, dem der Beweis aufgelegt ward; dann findet kein Abzug am Beweise von Seiten des einen gegen den anderen statt, sondern derjenige Beweis, welcher auf irgend eine Art das Uebergewicht hat, wird dem anderen vorgezogen, mit gänzlicher Beiseitsetzung dieses anderen. Es ist daher nicht richtig, wenn Gönner, indem er von der Collision des Beweises mit dem (directen) Gegenbeweise handeln will, den Grundsatz an die Spitze stellt: „Wenn Beweis und Gegenbeweis mit einander collidiren, so schwächt immer einer von beiden den anderen, denn sie stehen einander in gerader Richtung entgegen und wirken wie zwei entgegengesetzte Kräfte“ [24]). Der Natur der Sache wäre dieser Grundsatz gemäß und würde auch mit dem Satz, daß, bei vorhandener Gleichheit des Beweises und Gegenbeweises, sie einander aufheben, zusammen stimmen; aber, abgesehen von diesem Fall, ist er nur richtig, wenn er umgekehrt wird. Wenn wir die an sich richtigen Grundsätze, welche die Rechtsgelehrten über diese Collision des Beweises und Gegenbeweises aufstellen und die gerade aus dem Zeugen- und Urkundenbeweise abgezogen zu seyn scheinen und daher hier am rechten Ort stehen, durchgehen, werden wir den angeführten Grundsatz Gönners nicht bestätigt und ihn sich selbst nicht getreu finden.

---

[24]) Gönner, Handbuch des Proz. Band 2. Abh. 41. §. 11.

Es heißt bei Danz[25]): „Bei der Collision des Be„weises und Gegenbeweises sind folgende Fälle zu sondern:

1) „Der Beweis sowohl als der Gegenbeweis sind beide „vollständig. Hier verdient entweder der eine vor dem ande„ren, es sey nun wegen der Stärke der Gründe oder wegen „einer anderen Begünstigung, den Vorzug, oder beide sind sich „völlig gleich. In dem ersteren Fall muß der stärkere Be„weis dem schwächeren vorgezogen, in dem letzteren aber wi„der denjenigen, dem eigentlich der Beweis oblag, gesprochen „werden."

Die Gesetze selbst begnügen sich, wie gesagt, hauptsächlich mit Aufstellung der Regel, daß, wenn Zeugen gegen Zeugen aufgetreten sind, derjenige Beweis vorgezogen wird, welcher stärker, wie der andere, ins Gewicht fällt. Wenn ein solches Uebergewicht nicht vorhanden ist, oder m. a. W. kein Grund da ist, das Eine wahrscheinlicher, wie das Andere, zu finden, so liegt es in der Natur der Sache und die Gesetze bestätigen es, daß die Sache bleiben muß, wie sie ist; das Urtheil muß folglich gegen denjenigen ausfallen, der den Beweis führen sollte und nicht geführt hat. Nur eine besondere, von positiven Gesetzen eingeführte, Ausnahme für einzelne Fälle kann hier eine Veränderung hervorbringen. Diese entsteht, wie bereits früher erwähnt ward, durch die Begünstigung der Sache. Sie kann zwar nicht der Stärke der Gründe die Waage halten oder sie gar überwiegen, wie Danz zu glauben scheint, und wie er wenigstens leicht mißverstanden werden könnte; nur bei vorhandener Gleichheit des Beweises kann sie den Ausschlag geben. Zunächst kommt es darauf an, welcher

---

[25]) Grundſ. des ord. Proz. 5. Aufl. §. 259.

Beweis der stärkere ist, und nur dann, wenn diese Rücksicht nicht entscheiden kann, weil die Beweise einander gleich sind, kann jene Regel, daß in einem solchen Fall das Urtheil gegen denjenigen ausfallen muß, dem der Beweis aufgelegt ward, eine Ausnahme leiden und es siegt die begünstigte Sache [26]).

Danz fährt fort: 2) „Der eine der Beweise ist ein „vollständiger, der andere ein unvollständiger. Daß hier der „erstere den Sieg mit sich führt, ist außer Zweifel."

Wäre Gönner's angeführter Grundsatz richtig, schwächte der eine Beweis den anderen, so würde der vollständige Beweis, durch den unvollständigen geschwächt, gleichfalls unvollständig werden. Allein, der entgegengesetzte Grundsatz, daß nämlich der stärkere Beweis den schwächeren besiegt und vernichtet, ist nicht bloß auf den vorigen Fall an-

[26]) L. 24. §. 1. D. de manumissionibus. L. 1. pr. D. soluto matrimonio. L. 4. D. de inoff. testam. cap. 3. X. de probat. *J. H. Boehmer* jus eccl. Prot. lib. 2. tit. 19. §. 23. — Dieser Satz, daß nämlich bei vorhandener Gleichheit die begünstigte Sache siegt, der schon beim ersten Anblick ungerecht erscheint, stellt sich bei näherer Betrachtung als ganz ungereimt dar. Da nämlich, der Voraussetzung zufolge, nichts bewiesen, die Sache also in demselben Zustande, worin sie zu Anfange war, geblieben ist, so wird in einem Fall dieser Art der einen Partei ohne Beweis, auf ihr bloßes Wort, geglaubt. Dieß hätte nun gleich Anfangs geschehen können und Mühe und Arbeit wären erspart worden; es geschieht aber erst jetzt, bloß, weil sie den Versuch gemacht hat, einen Beweis zu führen, der ihr nicht gelungen ist; denn ein gleich starker Gegenbeweis hat ihn vernichtet und die besondere Gunst, worin die eine Partei oder ihre Sache steht, kann dem Beweise nichts hinzusetzen m. a. W. sie macht die Thatsache, worauf diese Partei sich stützt, nicht um ein Haar glaubwürdiger.

wendbar, sondern für alle Fälle dieser Art als durchgreifend anzusehen und, wie ein vollständiger Beweis den vollständigen besiegt, weil er stärker ist, also muß auch aus gleicher Ursache ein vollständiger Beweis den unvollständigen besiegen und es wird nicht einmal nöthig seyn, wenn es der Beweisführer ist, der den vollständigen Beweis geführt hat, daß er einen Erfüllungseid leiste, also den vollständigen, durch Gegenbeweis nicht geschwächten, Beweis noch vollständiger, das Vollkommene noch vollkommener mache.

Endlich bemerkt Danz: 3) „Der Beweis sowohl, als „der Gegenbeweis sind beide unvollständig. Hier muß, wenn „beide Beweise sich gleich sind, wider denjenigen, dem eigent„lich der Beweis oblag, gesprochen werden und eine Eides„leistung ist überflüssig. Verdient hingegen der eine Beweis „vor dem anderen den Vorzug, so entkräftet der stärkere „den schwächeren und begründet den Erfüllungseid. Es „wird jedoch hierbei vorausgesetzt, daß von der einen Seite „ein halber Beweis vorhanden ist. Sollten beide weniger „als halbe seyn, so muß wider denjenigen, dem eigentlich der „Beweis oblag, ohne weitere Eidesleistung gesprochen werden."

Gönner[27]) macht hier die berichtigende Bemerkung, man müsse unterscheiden, ob der Haupt- oder der Gegenbeweis der stärkere sey. Nur im ersteren Fall finde ein Erfüllungseid statt, nicht aber im letzteren. Denn, der Erfüllungseid falle weg, wenn der Gegenbeweis den Hauptbeweis aufwiegt, müsse also noch mehr wegfallen, wenn er ihn überwiegt. Diese Bemerkung Gönner's ist freilich sehr gegründet und nach den Ausdrücken, deren Danz

[27]) Handbuch des Proz. Bd. 2. Abh. 41. §. 11.

sich bedient, war sie auch nöthig; denn sonst kann es wohl seyn, daß Danz nur dasselbe, was Gönner sagt, sagen wollte, da überhaupt nur derjenige, der einen Hauptbeweis zu führen hatte und ihn nicht vollständig geführt hat, zur Ergänzung desselben schwören und nur bei ihm von einem Erfüllungseide die Rede seyn kann.

Von dieser Berichtigung abgesehen, sind die Grundsätze, die Danz vorträgt, für richtig anzunehmen. Sie sind den römischen und canonischen Gesetzen gemäß; denn sie stimmen mit dem Hauptgrundsatz in dieser Materie, daß nämlich von zweien Beweisen, die sich einander widerstreiten, der eine den anderen nicht schwächt, sondern der stärkere den schwächeren überwindet, überein. Ist nun der Hauptbeweis der stärkere, so muß derselbe, da er, der Voraussetzung zufolge, unvollständig ist, durch den Eid ergänzt werden, wenn nämlich der Richter findet, daß so viel bewiesen ist, als nöthig ist, damit der Beweisführer zum Eide gelangen könne, wobei jedoch der Gegenbeweis und dessen Gewicht nicht in Betrachtung oder Abzug kommen kann.

Ich kehre zu dem zweiten Hauptfall zurück, da nämlich die Zeugen derselben Partei Entgegengesetztes aussagen. Früher ward die Frage untersucht, was Rechtens sey, wenn von zweien Zeugen, welche dieselbe Partei für sich aufgestellt hat, der eine dem anderen widerspricht. Jetzt setzen wir den Fall, daß ihrer mehr sind, als zwei, und daß sie in ungleicher Zahl einander widerstreiten; soll man ihnen dann gar nicht trauen oder soll man mehr geneigt seyn, das für wahr zu halten, worin die meisten übereinstimmen? Diese Frage liegt so nahe, daß man glauben wird, es habe jeder sie aufgeworfen, der sich mit dieser Materie beschäftigt hat. Indessen finde ich nicht, daß die Ausleger sie erörtert oder auch nur be-

rührt hätten. Hingegen warfen die Glossographen bei Gelegenheit des Satzes, daß widerstreitende Urkunden, die von derselben Partei beigebracht werden, sich einander die Beweiskraft wechselseitig entziehen, die Frage auf, ob es bei Zeugen eben so sey; sie bejahten dieselbe zwar, doch nicht ganz einstimmig. Eine abweichende Meinung ging dahin, daß überhaupt, wenn Zeugen derselben Partei einander widerstreiten, den besseren zu glauben sey, eben so, wie in dem Fall geschieht, da Zeugen der beiden Parteien von einander abweichen [28]). Bei Urkunden, die von derselben Partei producirt werden, sey ein verschiedener Fall; denn die Partei könne sich dabei vorsehen, was bei Zeugen nicht in ihrer Macht stehe. Auch seyen die Zeugen, die eine Partei für sich aufstelle, als von beiden producirt anzusehen [29]).

Als Regel muß man nun wohl annehmen, daß, wenn zwei vom Beweisführer aufgestellte Zeugen Entgegengesetztes aussagen, nichts bewiesen sey. Sind aber der Zeugen mehr und stimmen zwei oder drei in demjenigen überein, was zu beweisen ist, während ein dritter oder vierter das Gegentheil behauptet, so würde, wenn auf Zeugen anwendbar wäre, was in diesem Fall bei Urkunden Rechtens zu seyn scheint, noch immer nichts bewiesen seyn; wendet man aber den Grundsatz, der bei Zeugen gilt, die, von beiden streitenden Theilen aufgestellt, einander widerstreiten, auf den Fall an, wovon hier die Rede ist, da die Zeugen einer und eben derselben Partei in ihren Aussagen von einander abweichen, so würde der Widerspruch des einen Zeugen gegen die übereinstimmende Aussage mehrerer Nebenzeugen gar nicht

[28]) S. *glossa* ad l. 14. C. de fide instrumentorum.

[29]) *Glossa* ad l. 14. C. de fide instrumentorum.

in Betrachtung kommen. Ist nun das Eine oder das Andere dem römischen Recht mehr gemäß? Dieß scheint zweifelhaft zu seyn. Der Grundsatz des römischen Rechts, daß beim Widerstreit der Zeugen denjenigen zu glauben ist, die, wegen ihrer Zahl oder aus sonstigen Gründen, mehr Vertrauen verdienen, sollte freilich auf den einen Fall eben so gut, wie auf den anderen, anwendbar seyn. Darnach müßte auch, wenn Zeugen derselben Partei einander widerstreiten, die Mehrzahl den Ausschlag geben [30]). Selbst bei Urkunden, die sich mit den Zeugen hier nicht in Vergleichung stellen lassen, nehmen die Gesetze nicht gerade ausdrücklich das Gegentheil an, indem sie nur von dem Fall reden, da zwei von derselben Partei zum Beweise vorgelegte Urkunden nicht mit einander übereinstimmen. Nimmt man nun an, daß beim Widerstreit der Zeugen, die von derselben Partei aufgestellt sind, die überwiegende Zahl übereinstimmender Zeugen gegen die geringere den Vorzug behauptet, so muß man noch einen Schritt weiter gehen, und behaupten, daß, wenn nur zwei sich einander widersprechende Zeugen vorhanden sind, unter ihnen dem glaubwürdigeren oder besseren, dessen Person oder Zeugniß größeres Vertrauen erregt, mit Ausschluß des anderen, zu trauen sey, indem das Zeugniß dieses einen und besseren Zeugen als ein Beitrag zum Beweise nebst anderen Beweisgründen benutzt werden oder dem Beweisführer zum Eide verhelfen kann, und jener Satz, daß des einen Zeugen Zeugniß dasjenige des anderen vernichtet,

---

[30]) Auch scheint z. B. Perez zu glauben, daß dem wirklich so ist. Es heißt nämlich bei ihm: Aliquando unus testis repugnat pluribus et merito consensu plurium victus, fidem eorum non infirmabit. S. *Perez* ad tit. C. de testibus n. 29.

wäre auf den Fall zu beschränken, da alles Uebrige gleich ist, die Zeugen einander gerade aufwiegen.

Der Natur der Sache nach kann es bei Zeugen nicht darauf ankommen, von welcher Seite sie in Vorschlag gebracht sind. Bei Prüfung des Beweises muß der Richter hiervon wegsehen; vielmehr sieht er, neben der persönlichen Glaubwürdigkeit der Zeugen, vor allen Dingen darauf, was sie ausgesagt haben. Der Inhalt und die Beschaffenheit ihres Zeugnisses, der Grund ihres Wissens, das ist es, was ihn beschäftigt. Die Frage, wer sie vorgeschlagen hat, kann nur bisweilen und nur nebenher in Betrachtung kommen, nämlich wenn der Zeuge in gewissen näheren Beziehungen der Verwandtschaft, Freundschaft u. s. w. zu dem Zeugenführer steht, welche das Vertrauen zu der Wahrhaftigkeit seines Zeugnisses, insoferne es zu Gunsten des Zeugenführers ausgefallen ist, schwächen. Der Richter soll die Wahrheit zu erforschen suchen; ihm ist es darum zu thun, zu wissen, was geschehen ist; hingegen kann er darüber unbekümmert seyn, von welcher Seite die Quelle kommen mag, die ihm die Kenntniß zuführt, wenn sie nur rein ist. Verhört er Zeugen, so kann ihre Aussage dem Gegner des Producenten ebensowohl, wie diesem selbst, zu Gute kommen; je nachdem sie so oder anders ausfällt, beweis't sie für den einen oder anderen. Dieß ist auch dem Grundsatz unseres Prozesses, daß die Zeugen durch die Production gemeinschaftlich werden, angemessen. Die Zeugen beider Theile bilden für den Richter nur ein Mittel, die Wahrheit zu erkennen, und wenn sie in ihren Aussagen von einander abweichen, so sind diejenigen zusammenzustellen, welche übereinstimmen, ohne Rücksicht darauf, von welcher Seite

sie

sie vorgeschlagen sind. Sind bei einem solchen Zwiespalt die Zeugen und ihre Aussagen gleich glaubwürdig, so ist nichts bewiesen. Ergibt sich auf der einen Seite ein Uebergewicht, so würde, nach der Natur der Sache, die Aussage der auf der entgegengesetzten Seite stehenden Zeugen zwar weniger, doch immer in's Gewicht fallen; sie würde zum Behuf eines Abzugs in Betrachtung kommen; was z. B. drei Zeugen aussagen, ist weniger wahrscheinlich, wenn zwei andere das Gegentheil behaupten; allein, nach römischem und canonischem Recht, kommen in einem solchen Fall bloß diejenigen Zeugen in Anschlag, auf deren Seite das Uebergewicht ist, und die anderen sind besiegt und für nichts zu rechnen. Man muß mit den Augen derjenigen, von denen unsere Rechtsquellen herrühren, die Sache so ansehen, daß eben deswegen, weil das Zeugniß der einen Zeugen glaubwürdiger ist, dasjenige der anderen keinen Glauben verdient. Und das ist eine allgemeine Regel des römischen und des canonischen Rechts, daß bei einer Collision der Beweise oder m. a. W. wenn die Beweismittel auf entgegengesetzte Resultate führen, dasjenige von ihnen, mit Ausschluß des anderen, sich geltend macht und das für wahr angenommen wird, welches das glaubwürdigere ist [31]).

[31]) *L. 13. D. de probat.* Cum de aetate hominis quaereretur, Caesar noster in haec verba rescripsit. Et durum et iniquum est, cum de statu aetatis alicujus quaereretur, et diversae professiones proferuntur, eam potissimum stare, quae nocet: sed causa cognita veritatem excuti oportet: et ex eo potissimum annos computari, ex quo praecipuam fidem in ea re constare credibilius videtur.

V.

Betrachtungen

über

die Aufforderung zur Klage.

Im October 1833.

Wir lassen eine Aufforderung zum Klagen bekanntlich in den beiden Fällen zu, die aus dem römischen Recht hergeleitet sind, nämlich wegen einer nachtheiligen Aussprengung oder ex lege *Diffamari* und zur Erhaltung einer Einrede oder ex lege *Si contendat*. Aber alle stimmen jetzt überein, nicht diese Stellen sind es, aus denen jene Provocationen sich herleiten lassen, sondern durch irrige Auslegungen dieser Stellen entstanden sie, und nicht Justinian, nicht die römischen Rechtsgelehrten gaben ihnen das Daseyn, sondern Bartolus und andere Glossographen [1]). Besonders hat Meister zu zeigen gesucht, daß Provocationen überhaupt im römischen Recht nicht vorkommen, daß sie den römischen Rechtsgelehrten unbekannt gewesen, daß jene beiden Stellen, aus denen die Provocationen ex lege *diffamari* und *si contendat* hergeleitet werden, falsch verstanden worden, daß die Vorliebe des Volks für alles Fremde die alten Rechtsgelehrten veranlaßt habe, deutschen Gewohnheiten durch Berufen auf das römische Recht Ansehen zu geben u. s. w. [2]). Ja, er behauptet nicht nur, daß

---

[1]) *Berger* electa proc. prov. §. 4 et 5. *Pufendorf* obs. jur un. tom. 3. obs. 193.

[2]) *Meister* de falsa probatione proc. prov. ex jure rom. cap. 4. §. 1. sq.

Provocationen im römischen Recht nicht vorkommen, sondern sie sollen auch der Analogie desselben zuwider seyn. Und dieses behauptete vor ihm auch schon Berger [3]) und nach ihm Pufendorf [4]). Diese letztere Behauptung wird für die provocatio ex lege *diffamari* von ihnen durch die Bemerkung gerechtfertigt, daß derjenige, welcher sich dieser Art von Provocation bedient, klage, weil er vom Richter etwas fordere, und dieß setze ein Interesse voraus [5]), woran es hier fehle; denn bloße Worte könnten Niemanden Schaden verursachen und nur allenfalls eine Injurienklage begründen [6]). In Hinsicht auf die Provocatio ex lege si contendat scheint Meister sich auf die bekannte Regel zu stützen, daß Niemand wider seinen Willen zum Klagen genöthigt werden könne [7]). Es sieht aber ein jeder leicht, daß nicht jedes an den Richter gestellte Verlangen eine Klage und namentlich eine Aufforderung zur Klage nicht selbst eine Klage zu nennen sey (und worauf sollte eine Klage hier gegründet werden, etwa auf das Nichtdaseyn einer Ansprache des Gegners? Und welcher Beschwerde durch sie abgeholfen werden?) und die Regel: Invitus ad agendum nemo compellitur kommt nach meinem Ermessen — und wohl schon nach Meister's eigenem — bei Provocationen überhaupt so sehr nicht in Betrachtung.

Diese Regel gründet sich zunächst auf das römische Recht. Es heißt daselbst: Invitus agere vel accusare

---

[3]) electa proc. prov. §. 4 et 5.

[4]) obs. jur. un. tom. 3. obs. 193.

[5]) L. 14. D. de cond. furt. L. 11. C. de pactis.

[6]) L. 4. L. 9. D. Quod metus causa. L. 15. §. 33. D. de injuriis. *Berger* el. proc. prov. §. 4 et 5. *Meister* de falsa probatione proc. prov. ex jure rom. cap. 4. §. 5. 6. (opuscula nr. 2. p. 76. sq.)

[7]) *Meister* c. l. §. 12.

nemo cogatur [8]). Namentlich kann der Gläubiger und Pfandgläubiger nicht genöthigt werden, gegen den Schuldner zu klagen. Dieser darf ja nur die Schuld tilgen oder die vergebens angebotene schuldige Summe bei Gericht niederlegen und dann auf Zurückgabe des Pfandes selber klagen [9]). Aber, jene Regel verdankt ihr Daseyn keinen positiven Gesetzen; sie hat einen noch höheren Ursprung; sie gründet sich auf die Natur der Sache, aus welcher das römische Recht sie auch nur hergeleitet hat. So wenig Jemand überhaupt nöthig hat, von seinem Rechte Gebrauch zu machen, eben so wenig hat er nöthig, es bei Gericht geltend zu machen. Klagen sind Mittel, von denen Jemand Gebrauch zu machen berechtigt, aber nicht verpflichtet ist. Sie sind nach Meister als beneficia juris anzusehen und folglich nicht aufzudringen [10]). Invito beneficium non datur [11]), und Julianus lehrt: Unicuique licet contemnere haec, quae pro se introducta sunt [12]). Daher also die Regel: Invitus ad agendum nemo compellitur, die man eben so gut auf Einreden anwenden und folglich hinzusetzen könnte: Neque ad excipiendum. Wenn man sich nun auf diesen höheren Standpunct gestellt und dadurch die rechte Bedeutung der Regel erkannt hat, so sieht man bald, daß, ungeachtet dieser Regel, Provocationen immerhin zulässig seyn können.

---

8) L. un. C. Ut nemo invitus.

9) *L.* 20. *C. de pign.* Creditor ad petitionem debiti urgeri jure minime potest. Quapropter eo, quod vos haeredibus Evodiani debere confiditis, oblato, et, si non velint accipere, consignato atque deposito; de reddendo pignore hos praesidiali notione convenite.

10) *Meister* c. l. cap. 2. §. 1.

11) L 69. D. de reg. jur.

12) L. 41. D. de minor. *Meister* c. l. cap. 2. §. 1 et 3.

Es war wohl eben nicht der glücklichste Einfall, diese beiden Sätze: Niemand kann zum Klagen genöthigt werden, und: Niemand kann zum Klagen aufgefordert werden, als Ursache und Wirkung zusammenzubringen, und da Provocationen nun dennoch statt finden, in ihnen Ausnahmen von jener Regel zu sehen, indem man sagte, Niemand kann zum Klagen gezwungen, folglich auch Niemand zum Klagen aufgefordert werden, es sey denn ausnahmsweise in gewissen durch Gesetz oder Gewohnheit eingeführten Fällen. Beide Sätze haben nichts mit einander gemein und ihr Zusammenstoßen ist nur scheinbar. Niemand kann gezwungen werden, von seinem Rechte Gebrauch zu machen und folglich auch nicht, zu klagen. Dieß versteht sich und ist nur Folge allgemeiner in der Natur der Sache gegründeter Grundsätze. Aber etwas ganz anderes ist, Jemanden zum Klagen, d. h. zum Verfolgen ihm zustehender Ansprüche zu zwingen, und etwas anderes, ihm gar keine Ansprüche zugestehen, wenigstens keine, wogegen wir nicht durch Einreden geschützt wären, und bloß begehren, daß, wenn er dergleichen zu machen die Absicht habe, er es jetzt thun möge, damit der Streit vom Richter entschieden werde und längeres Säumen uns nicht zum Nachtheil gereiche. Diese Provocation ist nicht sowohl Aufforderung zur Klage — und sollte auch nicht so genannt werden — sondern vielmehr Aufforderung, einen Streit, wenn er doch einmal nicht zu vermeiden ist, gegenwärtig mit uns abzumachen. Der Andere soll nicht die Hülfe des Richters wider Willen gegen uns anrufen müssen, ihm soll nicht, was er zu fordern hat, aufgedrungen werden; es soll nur die Frage, ob ihm überhaupt eine Ansprache gegen uns zustehe, erörtert und entschieden werden. Es ist, als spräche

der Eine zu dem Anderen: Es steht freilich bei Dir, mich zu verklagen, Niemand zwingt Dich dazu — wo bleibt also die Regel: Invitus ad agendum nemo compellitur? — willst Du es aber, so thue es jetzt, damit in unseren Rechtsverhältnissen der Zustand der Ungewißheit und Unsicherheit gehoben werde. Du hast Dich also zu erklären, ob Du wirklich den Vorsatz hast, Klage gegen mich zu erheben, oder ob Du ihn aufgeben willst; im ersteren Fall muß unser Streit gegenwärtig vor den Richter gebracht und von ihm geschlichtet werden, indem, wenn dieß erst später geschieht, nachtheilige, vielleicht die nachtheiligsten Folgen für mich entstehen oder gar nicht ausbleiben können.

Daß es mit dieser Provocation nicht sowohl auf's Klagen, sondern vielmehr auf eine anzustellende Untersuchung über das Daseyn gewisser Ansprüche abgesehen sey, wird auch theils durch das Verlangen des Provocanten, theils durch den möglichen Erfolg der Provocation bestätigt. Der Provocant begehrt nämlich, daß der Provocirte, wenn er die Aufforderung und den Befehl des Richter vernachlässigt, nicht bloß mit seiner Klage ausgeschlossen, sondern ihm ein ewiges Stillschweigen aufgelegt werde, und der Richter bedroht ihn damit und vollzieht bei fortgesetztem Ungehorsam seine Drohung, und in Folge dessen findet späterhin überall keine Ansprache weiter statt und kann eine solche weder durch Klage noch Einrede weiter geltend gemacht werden [13]). Bei der sogenannten provocatio ex lege *Si contendat* ist zwar, wenigstens den Rechtsgelehrten zufolge, das Verlangen des Provocanten ein anderes und der Erfolg verschie-

---

[13]) *Schaumburg* princ. prax. jur. Lib. 2. cap. 6. § 6. Auch die Bürgen werden frei, *Leyser* spec. 81. med. 8.

den, indessen ist es doch auch hier darauf abgesehen, daß der Provocant gegen die Ansprüche des Provocirten für immer geschützt seyn will.

Hiervon abgesehen, ist zwischen der *provocatio ad agendum* und dem Erlöschen der Klagen durch Verjährung die größte Aehnlichkeit, nur daß in dem einen Fall die nachtheiligen Folgen gegen denjenigen, der nicht klagt, durch den Richter, in dem anderen durch das Gesetz selbst gedroht und vollzogen werden, und wäre die provocatio ad agendum ein Verstoß gegen die Regel: Invitus ad agendum nemo compellitur, so müßte ein eben so großer, wenn nicht größerer, in der Verjährung der Klagen enthalten seyn. Zwar haben dieß auch manche vertheidigt, ja sie gingen so weit, zu behaupten, die ganze Regel werde dadurch umgestoßen und jeder Kläger, dessen Klage der Verjährung unterworfen sey, klage gezwungen; indessen hat diese Meinung schon Meister widerlegt [14]).

Wenn nun gleich Provocationen nicht gegen die Regel: Invitus ad agendum nemo compellitur verstoßen, ist damit noch nicht bewiesen, daß sie den Gesetzen zufolge statt finden. Sie bedürfen doch immer eines besonderen gesetzlichen Rechtfertigungsgrundes — wiewohl Billigkeit und allgemeine Nützlichkeit sie und zwar im größten Umfange in Schutz nehmen — und mit ihm können sie dann auch gegen die Regel verstoßen.

---

[14]) *Meister* c. l. cap. 3. §. 1. Er bemerkt gegen sie: Verum, re paulo accuratius perspecta, statim apparet, praescriptione actionum actoris voluntatis libertati vim neutiquam fieri. Non enim si agere ille plane nolit, cogitur ad agendum, sed id tantum modo constitutum est, ut, si agere velit, intra certum tempus id faciat, lites ne sint aeternae.

Daß sie im römischen Recht durchaus gar nicht vorkommen, den römischen Rechtsgelehrten ganz und gar unbekannt gewesen, dieß möchte ich nicht gerade behaupten. Zwar, wenn man bloß die Stellen des römischen Rechts, woraus man jene bekannten beiden Arten der Provocation hergeleitet hat, in Betrachtung zieht, — die L. *Diffamari* 5. C. de ingenuis manumissis und die L. *Si contendat* 28. D. de fidejussor. — damit hat es keine Noth, die lassen sich leicht widerlegen, wenigstens die erstere. Denn was die L. 5. C. de ingenuis manumissis betrifft, so ist der Sinn der Stelle doch nicht so ganz im Klaren, daß nicht einige Zweifel sich regen sollten, wenigstens bedarf die Stelle, wenn man gründlich zu Werke gehen und deutlich einsehen will, daß die Lehre der Glossographen an ihr keine Stütze findet, einer Erläuterung. Die Stelle lautet folgendermaßen:

> Diffamari statum ingenuorum seu errore, seu malignitate quorundam, periniquum est: praesertim cum affirmes diu praesidem unum atque alterum interpellatum a te, vocitasse diversam partem, ut contradictionem faceret, si defensionibus suis confideret. Unde constat merito rectorem provinciae commotum allegationibus tuis sententiam dedisse, ne de caetero inquietudinem sustineres. Si igitur adhuc diversa pars perseverat in eadem obstinatione: aditus praeses provinciae ab injuria temperari praecipiet.

Die alten Rechtsgelehrten fanden in dieser Stelle eine provocatio ad agendum, eine Aufforderung zur Geltendmachung von Ansprüchen, deren sich der Gegner verrühmt hatte, und in den Worten: rectorem provinciae — sen-

tentiam dedisse, *ne de caetero inquietudinem sustineres*, eine Auflegung ewigen Stillschweigens durch den Richter gegen den Ungehorsamen. Indem sie ihnen widersprechen, lehren Berger[15]), Meister[16]) und Pufendorf[17]), die Stelle handle von keiner Aufforderung zur Klage; der Fragende habe selbst und zwar de statu geklagt. Besonders lehrt Meister, es erhelle zwar aus dieser Stelle, daß der Gegner den persönlichen Zustand desjenigen, an welchen das Schreiben gerichtet ist, in Zweifel gezogen, er habe ihn für einen Freigelassenen erklärt, hingegen erhelle daraus nicht, für wessen und namentlich nicht, daß er ihn für den seinigen ausgegeben. Der Gegner sey nicht aufgefordert, mit der actio praejudicialis zu klagen, sondern der Anfragende habe selbst eine Klage angestellt und zwar eine actio praejudicialis. Dieß gehe besonders aus dem, in Beziehung auf den Gegner gebrauchten, Ausdruck: *ut contradictionem faceret, si defensionibus suis confideret*, hervor; *defensio* sey mit Einrede gleichbedeutend; mithin zum Widerspruch und zur Entgegensetzung von Einreden, also nicht ad agendum, sondern ad respondendum sey der Gegner aufgefordert gewesen. Soweit Meister.

Der Titel des Codex, unter welchem jene Stelle steht, handelt de ingenuis manumissis. In der Zusammenstellung dieser Dinge scheint ein Widerspruch zu liegen; denn, wie kann Jemand, der schon von Natur frei ist, seine Freiheit erst durch Freilassung erlangt haben? De jure kann dieß freilich nicht geschehen, es ist hier aber auch, wie schon die Glossographen bemerkt haben, nicht die Rede von

---

[15]) electa proc. prov. §. 4 et 5.
[16]) c. l.
[17]) obs. jur. un. tom. 3. obs. 193.

dem, was geschehen kann, sondern de facto geschehen ist. Auch in dem Fall, wovon die L. 5. C. de ingenuis manumissis handelt, war ein Freigeborner frei gelassen worden. Dieser hatte nicht einen Anderen ad agendum aufgefordert, sondern vielmehr gegen denjenigen, der sich gewisse entgegengesetzte Rechte gegen ihn beilegte und sich quasi im Besitz derselben befand, den Zustand eines freien Menschen sich zu erstreiten unternommen. Er hatte, wie Berger, Meister, Pufendorf mit Recht annehmen, eine Präjudicial = Klage gegen ihn erhoben. Dieß scheint mir besonders daraus hervorzugehen, daß der Kläger über seinen Zustand, als denjenigen eines freien und zwar freigebornen Menschen, Beweise beigebracht und der Richter, durch die Stärke derselben bewogen, ihm den Zustand, den er sich beilegte, durch seinen Urtheilsspruch zuerkannt hatte, welches deutlich in den Worten: *Unde constat, merito rectorem provinciae commotum allegationibus tuis sententiam dedisse* zu liegen scheint. Der Zusatz: *ne de caetero inquietudinem sustineres* deutet nicht ein aufgelegtes ewiges Stillschweigen, sondern die natürliche Folge des ausgesprochenen Urtheils an, wodurch dem Kläger der Zustand, den er sich beilegte, rechtskräftig zuerkannt war [18]). Wäre hier ein Fremder nicht verklagt, sondern zur Klage aufgefordert, so konnte von einem solchen Beweise, und einem solchen Urtheilsspruch und von solchen Folgen des Urtheilsspruchs gar nicht die Rede seyn; es würde hier an einem legitimus contradictor gefehlt haben. Ein Fremder konnte überhaupt

[18]) *L. 25. D. de statu hom.* Ingenuum accipere debemus etiam eum, de quo sententia lata est, quamvis fuerit libertinus, quia res judicata pro veritate accipitur.

gar nicht zur Klage aufgefordert werden, weil ihn die Sache nicht anging, und ebensowenig konnte derjenige, welcher sich Rechte gegen den Freigelassenen beilegte, aufgefordert werden, eine Präjudicial-Klage anzustellen, da er vielmehr verlangen konnte, daß der Kläger von einem solchen ihm zu Gebote stehenden Mittel selbst Gebrauch mache, statt zur Klage aufzufordern, selbst klagte [19]).

Allein, wenn auch in diesem Fall keine Aufforderung zur Klage geschehen war und auch nicht geschehen konnte, daraus folgt noch nicht, daß sie nach römischem Recht unzulässig war.

Ich weiß nicht, ob es schon Jemand bemerkt hat, aber es gibt eine Stelle im römischen Recht, woraus sich zu ergeben scheint, daß eine provocatio ad agendum schon bei den Römern statt fand und zwar in größerer Ausdehnung, als sie nach jener L. 5. C. de ingenuis manumissis für zulässig gehalten wird. Denn diese Stelle, wornach eine Provocation statt finden soll, bindet sie zugleich an gewisse Schranken. Könnten wir sie aus einer anderen Stelle hervorleiten, so würden wir vielleicht doppelt gewinnen, eine bessere Begründung der Provocation und eine schrankenlose. Die Stelle — sie stieß mir neulich auf, da ich nach anderen Dingen forschte — lautet folgendermaßen:

L. 18. §. 2. *D. quod vi aut clam.*

> Non absurde responsum est: Si magistratum rogasses, ut adversarium tuum adesse ad judicium juberet, ne opus novum tibi nunciaret: clam videris opus fecisse, quod interim fecisses.

---

[19]) L. 7. §. 5. D. de liberali causa.

Daraus scheint nun zu folgen, daß jeder, welcher bauen will, berechtigt sey, darauf anzutragen, daß ein Anderer, von dem er Widerspruch besorgt, vor Gericht geladen werde, um seine Rechte geltend zu machen, oder, zu erklären, ob und aus welchen Gründen er dem neuen Bau widerspreche. Kann nun dieß in diesem Fall geschehen, warum nicht auch in anderen Fällen? Dabei ist bemerkenswerth, daß jener Satz nicht etwa als eine Ausnahme von der Regel gegeben wird oder als etwas Besonderes, sondern vielmehr als etwas sich von selbst Verstehendes, was durch keine Regel verhindert wird und gegen keine verstößt, namentlich nicht gegen die oft erwähnte: Invitus ad agendum nemo compellitur. Wenigstens dann scheint, kraft dieser Stelle, eine unbeschränkte provocatio ad agendum zulässig zu seyn, wenn eine Maßregel vorgenommen werden soll, welche mit dem Rechte des Anderen, zu dessen Geltendmachung er aufgefordert wird, wenn es wirklich vorhanden ist und er Gebrauch davon machen will, nicht vereinbarlich seyn würde.

Gleichwie aber in diesem Fall eine Provocation erlaubt und Jemand dazu berechtigt, so gibt es einen anderen von gleicher Natur, worin sie als nothwendig vorgeschrieben ist. Ich meine das öffentliche Aufgebot derjenigen, die eine Ehe eingehen wollen, welches in der Kirche, zu dreien Malen wiederholt, der Trauung vorhergehen soll. Es beruhte ursprünglich auf dem Gebrauch einzelner Gegenden und ward hernach von Innocenz III. allgemein vorgeschrieben[20]). Was ist dieß öffentliche Aufgebot anderes, als eine provocatio ad agendum,

[20]) cap. 27. X. de sponsal., cap. 3. X. de cland. desponsat.

indem alle diejenigen, welche das einzugehende Ehebündniß zu hindern berechtigt sind, öffentlich aufgefordert werden, wenn sie wollen und können, jetzt, da es noch Zeit ist, Einspruch zu thun und ihnen für den entgegengesetzten Fall ein ewiges Stillschweigen angedroht wird [21]). Zwar möchte es, dem Gesetz zufolge, wohl nicht gerade, wenigstens nicht ausschließlich, auf eine Meldung bei Gericht und Geltendmachung von Rechten bei Gericht abgesehen seyn, indessen ist sie wenigstens unter der Aufforderung mit enthalten; es kann auch, wie die tägliche Erfahrung bestätigt, nicht füglich ohne Dazwischenkunft des Gerichts abgehen, wenn nicht etwa einer von denjenigen, welche die Ehe eingehen wollen, freiwillig zurücktreten und dem, welcher Einspruch thut, mit Einwilligung des Anderen, weichen wollte.

Es gibt aber noch eine Stelle im römischen Recht, welche die Ausleger zwar anführen, aber nicht so, wie sie gesollt hätten, benutzt haben.

L. 4. C. de usuris pup.

> Pupillus agere vobiscum actione tutelae compelli non potest. Verum adversus futuram calumniam, ut et si quid ei debitis, cursus inhibeatur usurarum, et nunciationibus frequenter interpositis, ad judicium eum provocate: ac si rem dissimulatione proferat actis apud praesidem provinciae factis, voluntatis vestrae rationem declarare, quo facto tam vobis ipsis, quam securitati filiorum vestorum consuletis. — Quod et in curatoribus locum habet.

Die Stelle scheint mir sehr merkwürdig zu seyn. Sie stellt zuerst die Regel auf, daß Niemand zur Klage gezwungen

---

[21]) cap. 3. X. de claud. desponsat.

gen werden kann, oder vielmehr, sie wendet diese Regel auf den Mündel an, welcher nicht nöthig hat, den Vormund zu verklagen. Die nachtheiligen Folgen der Unterlassung zu verhüten, gibt sie dem Vormunde den Rath, den ehemaligen Mündel zur Klage aufzufordern, und wenn dieser darauf nicht achtet, bei Gericht die Erklärung nieder zu legen, wie so bereit und willig er sey, Rechnung abzulegen und dem ehemaligen Mündel herauszugeben, was er etwa noch aus der Verwaltung der Vormundschaft von ihm zu fordern habe, und wie es an ihm, dem Vormunde, nicht liege, daß er seinen Verbindlichkeiten nicht nachkommen könne u. s. w. Dieß hat dann die Folge, daß er gegen künftige Verleumdungen, Ansprüche auf Zinsen von jetzt an u. s. w. gesichert ist [22]). Nicht zu verkennen ist, daß in dieser Stelle von

---

[22]) Einige erfordern zu diesem Ende eine Niederlegung des Geldes von Seiten des Vormundes bei Gericht, Andere halten sie nicht für nöthig. *Brunnemann* ad h. L. C., *Perez* ad Cod. lib. 5. tit. 56. nr. 3. Auch mir scheint sie in diesem Fall zur Unterbrechung des Zinsenlaufs nicht nöthig, ja selbst nicht möglich zu seyn, weil, der Voraussetzung zufolge, die Größe der schuldigen Summe nicht ausgemittelt ist; daher erfordert die im Text aufgeführte Stelle sie nicht. Eine Stelle in der Π. oder vielmehr der Zusatz von Ulpian in dieser Stelle läßt sich mit dieser Stelle leicht vereinigen, wenn man annimmt, in der Stelle der Π. sey von solchen Fällen die Rede, da die Größe der Schuld im Reinen ist. Die Stelle ist *L.* 28. §. 1. *D. de adm. et per. tutor.*, welche so lautet: Tutor qui post pubertatem pupilli, negotiorum ejus administratione abstinuit, usuras praestare non debet, ex quo obtulit pecuniam. Quinetiam justius mihi videtur, eum per quem non stetit, quo minus conventus restitueret tutelam, ad praestationem usurarum non compelli. *Ulpianus notat:* Non sufficit obtulisse, nisi et deposuit obsignatam tuto in loco. *L.* 29. *D. eod.* Maximeque heredem tutoris. Nam per

einer provocatio ad agendum die Rede sey. Merkwürdig ist dabei, 1) daß die Aufforderung zur Klage mit der Regel: Nemo ad agendum invitus compellitur, sehr vereinbarlich gefunden wird. Der Mündel kann nicht gezwungen werden, zu klagen; aber aufgefordert werden, zu klagen, das kann er. Die Aufforderung enthält keinen Zwang, weil sie den Willen frei läßt, zu klagen oder nicht zu klagen. 2) Es ist nicht gerade von einer gerichtlichen Aufforderung die Rede, sondern, wie es scheint, von einer außergerichtlichen. Die Aufforderung kann also, Kraft dieser Stelle, auch außergerichtlich geschehen. 3) Es ist auch nicht die Rede von einer Androhung ewigen Stillschweigens durch den Richter; doch hat die Vernachlässigung der Aufforderung nachtheilige Folgen.

Wenn ich aber Alles zusammen nehme, so scheinen folgende Ergebnisse hervor zu gehen:

1) Daß eine provocatio ad agendum im römischen Recht zugelassen, nicht als Ausnahme von der Regel: Nemo ad agendum invitus compellitur, angesehen, an keine Schranken gebunden, nicht von vorhergegangener Berühmung abhängig gemacht, mit nachtheiligen Folgen für den Aufgeforderten, wenn er die Aufforderung vernachlässigt, selbst außergerichtlich geschehen könne;

2) daß eine provocatio ad agendum, unter Androhung eines ewigen Stillschweigens, dem römischen Recht nicht gerade entgegen sey, doch ausdrücklich darin nicht vorkomme, sondern durch die Glossographen und

---

iniquum est, eum, cui forte post viginti annos, vel amplius, in mentem venit tutelam reposcere, etiam usuras postulare.

ihre irrigen Erklärungen eingeführt und durch den Gerichtsgebrauch ausgebildet sey.

Wenn de lege condenda die Rede wäre, dann wenigstens sollten Provocationen von vorhergegangener Verrühmung nicht abhängig seyn. Will der Aufgeforderte keine Ansprache machen, so kann ihm die Aufforderung gleichgültig seyn; will er sie machen, so ist es ein sehr unerheblicher Umstand — der ja nur aus Irrthum, nämlich aus falscher Auslegung eines römischen Gesetzes, berücksichtigt wird — ob er sich ihrer verrühmt hat oder nicht. Dieser Umstand kann nicht zur Begründung der Provocation, sondern ihr nur etwa zur Veranlassung dienen, die zwar als solche sehr gut ist, obgleich sie nicht aus Ueberlegung herbeigeführt ist, sondern der Zufall hier sein Spiel getrieben hat, die jedoch auch anderswoher entnommen werden kann und auf allen Fall keine besondere gesetzliche Berücksichtigung verdient, wenigstens nicht conditio sine qua non seyn sollte. Sie selbst, die Provocation, wie sie dem Einen unschädlich, dem Anderen nützlich ist, würde, von lästigen Schranken befreit, das Letztere noch mehr seyn.

Ehe ich schließe, will ich noch die Bemerkung hinzufügen, wie sich in den Schriften der Rechtsgelehrten eine Eintheilung der Aufforderung in die allgemeine und besondere findet. Jene geschieht durch die Edictalcitation, unter dieser werden die bekannten beiden Arten der Aufforderung, nämlich: ex lege Diffamari und ex lege Si contendat, gemeint. Zu der ersteren werden namentlich gerechnet das öffentliche Aufgebot der Verlobten, die Aufforderung derjenigen, die Rechte gegen eine gewisse Person oder auf eine gewisse Sache, z. B. ein verkauftes Grundstück, haben, sich damit zu melden,

und die Vorladung der Gläubiger beim Concurse [23]).

Vom öffentlichen Aufgebot war bereits die Rede; im Uebrigen gehört die Provocation durch die Edictalcitation nicht hieher. Sie kann der provocatio ad agendum nicht an die Seite gesetzt und noch weniger ihr untergeordnet werden. Bei jener ist es gar nicht darauf abgesehen, daß der Andere klagen oder vielmehr in einen Streit mit dem Provocanten eingehen und diesen Streit jetzt ausmachen soll, sondern der Provocant will davon unterrichtet seyn, ob Ansprüche vorhanden sind, ob sich Jemand gewisse Rechte gegen ihn oder seine Sachen beilegt, um seine Maßregeln darnach nehmen zu können. Diese, oder vielmehr die in Folge derselben geschehene Meldung kann zur provocatio ex lege *Diffamari* Gelegenheit geben, so daß also auf diesem Wege die Schranken willkührlich eingerissen werden können, die das Gesetz gezogen hat. Selbst die Vorladung der Gläubiger beim Concurse kann wohl nicht eigentlich als provocatio ad agendum angesehen werden; denn, wiewohl in Folge dieser Aufforderung und der darauf geschehenen Meldung, ein Streit über das Daseyn gewisser Ansprüche und über den Platz, der dem einzelnen Gläubiger unter den übrigen gebührt, entstehen kann, ist es hier doch nicht darauf abgesehen, daß über das Eine oder Andere gestritten werden soll — diese Ansprüche sind vielleicht von der Art, daß sie in Hinsicht auf Daseyn oder Vorzug oder beides auf der Stelle als gegründet oder unstreitig erkannt werden müssen —, sondern es kömmt hier darauf an, daß,

---

[23]) *Berger* electa proc. prov. §. 2. *Pufendorf* tom. 3. obs. 86. Mehlen Anleitung zum gerichtl. summ. Prozeß. §. 80. 93.

in der gesetzlichen Ordnung und unter Leitung des Richters, das Vermögen unter die Gläubiger getheilt werden soll, und nun soll durch jene Ladung dem Gläubiger Gelegenheit gegeben werden, seine Rechte zu bewahren und an der Theilung und den Geschäften, die ihr vorhergehen, Theil zu nehmen, wobei es sich von selbst versteht, daß diese Ansprüche gegründet, bei der Prüfung bewährt gefunden und nöthigenfalls durch Urtheil und Recht als solche erkannt seyn müssen.

VI.

Kleinere Abhandlungen.

Zu verschiedenen Zeiten geschrieben.

I.

Beiträge zu der Lehre von der Beweisfrist und der Berechnung derselben *).

§. 1.

Der römische Proceß kennt keine vom Gesetz oder Richter vorgeschriebene Beweisfrist. Einmal findet sich nichts von einer solchen im römischen Recht; wohl aber erhellet aus L. 1. C. de dilat., daß auf Verlangen Frist, Beweise beizubringen, vom Richter bewilligt ward. — Ich traue dieser Auslegung um so mehr, da ich bei Leyser [1]), welcher aus dieser Stelle das Gegentheil zu beweisen sucht, finde, daß auch Andere die Stelle so verstanden haben. — Jenes scheint zwar eine vorgeschriebene Frist vorauszusetzen; und das ist es auch etwa, was Leyser gegen jene Erklärung einwendet. Er sagt nämlich: Equidem aliqui in hac lege non de ipso termino probatorio, sed de *prorogatione*

*) Diese kleine Abhandlung erschien zuerst im Archiv für die civil. Praxis, Band 5. S. 252 ff., und erscheint hier unverändert.

[1]) Spec. 258. med. 2.

et *dilatione* ejus sermonem esse existimant. Verum, quid opus fuisset, dilationis tempora coarctari, judicique severissime, ne illa excedat, interdici, si ipse terminus probatorius in infinitum patuisset. Freilich, warum soll man Frist bitten, wenn dem Beweise kein Ziel gesetzt ist! Das ist eine sehr natürliche Vorstellung.

Die Wahrheit jenes Satzes ergibt sich zweitens aus der römischen Verfahrungs-Ordnung. Bei unsern Gerichten, wenn die streitenden Theile über die Thatsachen nicht einig sind, erkennt der Richter im Urtheil, wer zu beweisen habe und was zu beweisen sey. Das ist so der Gebrauch bei uns. Gemeinrechtliche Gesetze gibt es darüber meines Wissens nicht; es hat sich von selbst gebildet, und entspringt aus einer Quelle, die im deutschen Proceß sehr reichlich fließt, aus der Natur der Sache und aus dem Grundsatz der Zweckmäßigkeit. Daß es hiermit im römischen Proceß ebenso wie bei uns gehalten sey, davon, glaube ich, kann man mit ziemlicher Sicherheit das Gegentheil annehmen. Wahrscheinlich gehört es zur Ausmittelung der streitigen Facti oder zur Instruction der Sache bei dem Judex, als noch ein solcher bestellt ward, m. a. W. zu demjenigen, was wir das erste Verfahren nennen, daß die streitenden Theile über ihre Behauptungen, sey es von freien Stücken, sey es nach Aufforderung des Richters, Beweise beibrachten, Zeugen aufstellten, Urkunden vorlegten u. s. w., ein Verfahren, was die Frage: wem von beiden die Last des Beweises obliege, nicht eben unnöthig macht. Es ward also im römischen Proceß nicht auf Beweis erkannt, wie es bei uns geschieht. Dieß wird schon dadurch wahrscheinlich, daß im römischen Recht von einem Urtheil, worin auf Beweis erkannt oder zu erkennen wäre, meines Wissens keine Spur vorkömmt,

und besonders, weil ein Verfahren der vorher angeführten Art der Einfachheit der alten Zeit am angemessensten zu seyn scheint. Auch kann hiefür zur Bestätigung dienen, was Sigonius [2]) lehrt, dem wohl Niemand das Recht streitig machen wird, in Sachen dieser Art seine Stimme abzugeben. Cum autem litigatores sive patroni eorum jussi essent dicere, tum vero duobus modis dixerunt, uno paucis, altero pluribus verbis. — *Causa vero acta ita est, ut testibus literis et argumentis ex ipsa re, qua de agebatur, depromtis utrinque certatum sit* [3]).

Weit bin ich davon entfernt, ein solches Verfahren zu loben, als müsse man zu dem ersten rohen Anfang zurückkehren; indessen erhellet doch hieraus, daß im römischen Recht von einer vorgeschriebenen Beweisfrist nicht füglich die Rede seyn konnte. Dagegen, wenn es an der Zeit war, daß die streitenden Theile ihre Behauptungen mit Beweisen belegten, oder wenn der Richter bei der Untersuchung dergleichen von ihnen begehrte, konnte es sehr leicht seyn, daß jene dazu noch nicht im Stande waren und sich daher genöthigt sahen, den Richter um Frist zu bitten. Diese Frist soll, im Fall sie ihrer bedürfen, ihnen auf Verlangen zugestanden und ihre Dauer nach den Umständen abgemessen werden: so verstehe ich die angeführte Stelle des Codex. Und unter diesen Umständen folgt aus der zu bewilligenden

---

[2]) *De judiciis, lib.* 1. *cap.* 28.

[3]) S. auch die daselbst kurz zuvor angeführte Stelle aus Macrobius (cap. III.), wo Titius von den Richtern seiner Zeit saubere Sachen erzählt. Veniunt (sc. judices) in comitium tristes, jubent dicere, quorum negotium est, narrant, judex testes poscit, *ipsus it minctum: ubi redit, ait, se omnia audivisse*, tabulas poscit, literas inspicit. *Vix prae vino sustinet palpebras.*

Frist keineswegs der Schluß auf einen vom Gesetz oder Richter vorgeschriebenen Beweistermin, so daß also jener Einwand, wovon oben die Rede war, alles Gewicht verliert.

Es bleibt folglich dabei, wie das römische Recht keine vorgeschriebene Beweisfrist kennt. Mag aber der Beweis dieses Satzes gelungen seyn, oder mißlungen, so wird der andere Satz, der hier nur gelegentlich vorkam, nämlich daß im römischen Prozeß auf Beweis nicht erkannt ward, um so mehr bemerkt zu werden verdienen, da man in anderen Theilen der Prozeßtheorie häufig Gelegenheit haben wird, mit gutem Nutzen davon Gebrauch zu machen.

§. 2.

Ehedessen lehrte man, die Beweisfrist fange an zu laufen, sobald das Urtheil den streitenden Theilen durch den Richter eröffnet worden, es sey denn, daß ein Rechtsmittel dagegen eingewandt werde, in welchem Fall die Beweisfrist erst von der Zeit an zu berechnen wäre, da das Rechtsmittel erledigt worden [4]).

Späterhin ward die Meinung herrschend, die Beweisfrist fange nicht eher zu laufen an, als bis das Urtheil rechtskräftig geworden [5]).

---

[4]) Also lehrten: Stryk, Usus mod. lib. 22. tit. 3. §. 8., Brunnemann, proc. civ. cap. 18. nr. 14., Balthasar, diss. de terminis ac fatalibus judicial. eorumque computatione secundum stylum judiciorum Pomeraniae (Gryphisw. 1746.) cap. 4. §. 7., imgl. Anhang S. 132 ff.

[5]) Ihr sind zugethan: Leyser, spec. 258. med. 4.; Schaumburg, Princ. prax. jur. jud. lib. 1. sect. 1. membr. 3. cap. 1. §. 8.; G. L. Böhmer, Princ. jur. can. §. 778.; J. E. Koch, diss. de initio term. prob. §. 6.; J. L. Schmidt, Abhandl. über verschiedene Rechtsmaterien. Bd. 2. N. 93.; Danz, Grundsätze des ordentlichen Prozesses. §. 264.; Mehlen, Anlei-

Mir scheint es doch, als ob die verdrängte Meinung die echte und wahre, und die siegende der angemaßten Herrschaft wiederum zu entsetzen sey. Koch wirft den Verfechtern jener vor, sie hätten ihren Satz nicht bewiesen. Das gilt aber ebenfalls von ihm und den Rechtsgelehrten, die ihm gleich denken. Die Rechtsgelehrten auf beiden Seiten begnügen sich, ihre Sätze, gleich Gesetzgebern, aufzustellen, ohne Gründe dafür anzuführen. Sie fühlen hier nur (sentiunt), und fühlen anders. Doch, daß ich nicht zuviel sage, bei Balthasar auf der einen und bei Schmidt auf der andern Seite findet sich etwas, was Gründen ähnlich sieht.

Nach gemeinem Recht, sagt Schmidt, wird demjenigen, welchem eine Sentenz gegeben worden, ein Zeitraum von zehn Tagen gestattet, um während derselben bei sich auf das Genaueste überlegen zu können, ob er sich bei der Sentenz beruhigen oder dawider ein Rechtsmittel einwenden will. Also durch die Sentenz, binnen den zehn Tagen, wird ihm noch keine Verbindlichkeit, die Sentenz in demjenigen, was sie ihm befiehlt, zu befolgen, auferlegt. Also durch die bloße Publication der Sentenz wird mit dieser noch keine verbindliche Kraft Rechtens vereinigt. Zu der Zeit also ist ihm die Sentenz noch kein Gesetz. Denn ein Gesetz entsteht erst durch die Auflage einer Verbindlichkeit. — Soweit mit seinen eigenen Worten Schmidt.

Die Berufung auf den Satz, „daß die Frist der zehn Tage dem Streiter vor Gericht dazu dienen solle, damit er bei sich überlegen könne, ob er sich bei dem Urtheil beruhigen, oder es anfechten wolle," scheint mir hier am un-

---

tung zum gerichtl. Prozeß, 1r Theil §. 256.; Gönner, Handbuch des Prozesses. 2te Aufl. Bd. 2, Abh. 37. §. 32. S. 293.

rechten Ort zu seyn. Das Decendium ist, seiner ursprünglichen Bedeutung nach, ein bloßes spatium deliberandi, das ist wahr, und Justinian, der Erfinder des Decendii, lehrt es deutlich genug [6]). Aber dieser Satz gehört an und für sich gar nicht hierher. Denn daraus folgt nur, daß der streitende Theil nicht nöthig hat, das Rechtsmittel auf der Stelle einzulegen, sondern daß er zehn Tage lang Frist dazu hat.

Nur insoferne kann jener Satz hierher gehören, als mit dem Ablauf jener Frist, wenn binnen derselben kein Rechtsmittel eingelegt worden, das Urtheil rechtskräftig wird.

Es ist nämlich die Frage: „ob in der Rechtskraft des Urtheils ein Grund enthalten sey, die Beweisfrist erst mit ihr anfangen zu lassen"?

Mir scheint es, hier werde die Kraft eines Urtheils mit der Unabänderlichkeit desselben verwechselt. An und für sich tritt ein Urtheil, gleich einem Gesetz, in Kraft, sobald es den streitenden Theilen bekannt gemacht ist; unabänderlich wird es erst, wenn kein Rechtsmittel weiter dagegen statt findet. Ein Rechtsmittel findet nicht weiter statt, wenn überhaupt kein solches mehr zulässig oder darauf Verzicht geleistet, das Urtheil ausdrücklich gebilligt oder binnen der gesetzlich vorgeschriebenen Frist kein Rechtsmittel eingelegt, oder das eingelegte nicht fortgesetzt worden. Wenn dann

---

[6]) Nov. 23. cap. 1. Vor Justinian mußte die Appellation binnen 2, oder beziehungsweise 3 Tagen eingelegt werden, je nachdem Jemand im eigenen Namen stritt; oder für einen Anderen, L. 5. in fine D. de app. L. 6. §. 5. C. eod. ibique Auth. Hodie autem. Justinian setzte statt dessen in der Nov. 23. cap. 1. ohne Unterschied das Decendium.

eine, keiner möglichen Abänderung von Seiten eines Richters weiter unterworfene, abgeurtheilte Sache — res judicata — vorhanden ist, so hat des Urtheil Rechtskraft, d. h. bekanntlich: die Kraft eines Gesetzes erlangt; es gilt unter den Partheien wie ein Gesetz, muß erfüllt und, auf Verlangen des Siegers, in Vollziehung gebracht werden.

Offenbar ist es nun aber gleichgültig, ob der Beweisführer das Urtheil nicht anfechten kann, weil es rechtskräftig geworden, oder ob er es nicht anfechten will. Ihm steht dann kein Hinderniß im Wege, den Beweis sogleich jetzt anzutreten. Ja, wenn der Beweisführer das Urtheil nicht anficht, und es also erfüllen muß: so gehört gerade zur Erfüllung des Urtheils, daß er den Beweis binnen der Frist antritt, die der Richter in diesem Urtheil vorschrieb, und diese ist dann zu berechnen, wie es der Richter meinte, nämlich von dem Augenblicke, da er das Urtheil aussprach, oder m. a. W., von Zeit der Bekanntmachung des Urtheils. Wir berechnen ja auch in anderen Fällen, in welchen der Richter im Urtheil Fristen vorschreibt, z. B. dem Beklagten, zu zahlen, den Anfang dieser Fristen nicht von der Zeit, da das Urtheil Rechtskraft erlangt hat, sondern von der Zeit, da es den streitenden Theilen durch den Richter kund geworden. Hätte der Richter gewollt, die Frist der zehn Tage solle abgerechnet werden, so hätte er dieß ausdrücklich erklären müssen.

Man möchte einwenden, die nicht geschehene Einlegung eines Rechtsmittels innerhalb der zehn Tage enthalte eine stillschweigende Verzichtleistung auf das Rechtsmittel, nach der Ansicht des canonischen Rechts [7]), und wenn bei einer

[7]) *Cap.* 15. *X. de sent. et re jud.* — Cum post decem dierum spatium sententia in auctoritatem rei judicatae transeat, qui ad pro-

ausdrücklichen Verzichtleistung die Beweisfrist von Zeit derselben an zu berechnen sey, so müsse dasselbe auch von dieser stillschweigenden gelten. Indessen das ist gerade nicht gesagt, daß es bei der in der Nichteinlegung eines Rechtsmittels enthaltenen Verzichtleistung ebenso sey, wie bei einer wirklichen, und die Verzichtleistung, die hier bloß erdichtet wird [8]) — daß hier von keiner wahren die Rede sey, erhellet schon daraus, daß es leicht seyn kann, ein streitender Theil hatte wirklich die Absicht, ein Rechtsmittel einzulegen, und er versäumte sich daran —, schließt sich natürlicher an den Zeitpunct des ausgesprochenen Urtheils an.

Wenn es richtig ist, was hier zu beweisen versucht worden, die Beweisfrist fange von Zeit der Publication des Urtheils an, so ist damit zugleich der Satz bewiesen, daß, im Fall gegen das Urtheil ein Rechtsmittel eingelegt und zur Ausführung gebracht, das vorige Urtheil aber bestätigt wird, die Beweisfrist von Zeit der Publication des neuen Urtheils, nicht erst von der Zeit, da dieses rechtskräftig geworden, zu laufen anfange.

§. 3.

Im Fall das Beweisinterlocut eine Auflage enthält, die vor weiterem Verfahren zu befolgen ist, kann die Beweisfrist nicht eher zu laufen anfangen, als bis jener Aufgabe ein Genüge geschehen ist. Der Fall kömmt vor, wenn der Beklagte dem Kläger verzögerliche Einreden, z. B. der noch

---

vocationis subsidium intra id temporis non recurrit, adpellandi sibi aditum denegaverit *et per hoc videatur per interpretationem juris latae sententiae paruisse.*

[8]) *G. L. Boehmer*, Princ. jur. can. §. 823.

noch nicht geleisteten Caution, noch nicht bewerkstelligten Legitimation entgegengestellt, der Richter sie gegründet befunden, und den Kläger schuldig erkannt hat, vor allen Dingen dem Gegner der Kosten wegen Sicherheit zu leisten, oder sich zur Sache oder zum Prozeß zu legitimiren.

Dieß hat dann keinen Zweifel, wenn es nicht der Beweisführer ist, welcher die Aufgabe erfüllen soll, sondern sein Gegner. Aber für den entgegengesetzten Fall nimmt die gewöhnliche Theorie das Gegentheil an [9]). Anders dachte Schaumburg [10]). Er läßt die Beweisfrist nicht eher zu laufen anfangen, als bis der richterlichen Aufgabe ein Genüge geschehen ist, ohne zwischen den Fällen, da es der Beweisführer ist, welcher jene Aufgabe erfüllen soll, oder sein Gegner, zu unterscheiden.

Die gewöhnliche Theorie gründet sich auf den Satz: Mora sua nemini prodesse et alteri nocere debet.

Allein darauf kann es hier gar nicht ankommen. In dem angenommenen Falle soll der Prozeß nun einmal so lange ruhen, bis jene Aufgabe befolgt ist. Der Richter hat ja im Urtheil im Grunde selbst erklärt, daß der Zeitraum, während dessen jene Aufgabe noch nicht befolgt ist, nicht mit eingerechnet, sondern die Beweisfrist erst nach deren Befolgung zu laufen anfangen soll. Und wenn er diesen seinen Willen auch nicht auf irgend eine Art zu erkennen gegeben hätte, bringt es schon die Ordnung des Prozesses von selbst mit sich, daß das Verfahren nicht fortgesetzt werden kann,

---

[9]) *Leyser*, spec. 258. med. 7 et 8. *Koch*, diss. cit. §. 9. Danz a. a. O. §. 265. Mehlen a. a. O. §. 257. Gönner a. a. O.

[10]) Princ. prax. jur. jud. T. I. S. 1. M. 2. Cap. 4. §. 6. n. 6. ibique nota.

so lange der Kläger den gegründet befundenen dilatorischen Einreden nicht abgeholfen hat. So lange dieß nicht geschehen, ist von der Einlassung auf die Klage, dem ganzen Streit und dem Beweis-Interlocut einstweilen gänzlich zu abstrahiren, so, als wären sie gar in der Welt nicht.

Es hat aber auch der Beweisführer von seiner Mora keinen Vortheil, der, wenn er bloß zufällig ist, ohnehin gar nicht in Betrachtung kommen kann, wohl aber Nachtheil; denn ihm, dem Kläger, ist immer hauptsächlich daran gelegen, daß die Sache ihren ungehinderten Fortgang habe. Gesetzt indessen, er hätte Vortheil davon, so kann diese Rücksicht doch nicht bewirken, daß die Ordnung des Prozesses verändert werde.

Ja, wäre die gewöhnliche Theorie richtig, so würde nicht die Wirklichkeit, sondern schon die bloße Möglichkeit der Mora dem Beweisführer schaden. Denn die Beweisfrist soll nach dieser Theorie in dem angenommenen Fall schon mit der Publication des Urtheils anheben, also zu einer Zeit, wo gar noch von keiner Mora die Rede seyn kann.

§. 4.

Wenn gegen das Beweisurtheil ein Rechtsmittel eingewandt, und dieses binnen der vorgeschriebenen Frist nicht fortgesetzt worden, so soll, nach Koch [11]), die Beweisfrist nach Verschiedenheit der Umstände verschieden zu berechnen seyn.

1) Der Beweisführer hat das Rechtsmittel eingewandt. Dann fängt, nach Koch, die Beweisfrist zu laufen an von der Zeit, da das Urtheil rechts-

[11]) Diss. cit. I. 13.

kräftig geworden, wogegen das Rechtsmittel eingewandt worden — oder, von der Zeit, da das Urtheil publicirt worden, je nachdem man sich zu der einen oder zu der anderen der oben (§. 2.) vorgetragenen Theorien bekennt. Es soll also in diesem Fall die Beweisfrist eben so zu berechnen seyn, als wenn gar kein Rechtsmittel eingewandt wäre.

2) Sein Gegner wendete es ein. Dann ist, nach Koch, die Beweisfrist von der Zeit an zu berechnen, da das über die Desertion gefällte Urtheil rechtskräftig geworden.

Zuvörderst ist zu bemerken: Wenn es heißt, das Urtheil müsse rechtskräftig geworden seyn, so meinen die Rechtsgelehrten, die zehn Tage müssen verstrichen seyn. Es wird also Rechtskraft des Urtheils mit der einen Art, wodurch sie hervorgebracht wird, verwechselt. Die Rechtskraft tritt freilich mit dem Ablauf des Decendii ein, wenn es ungenutzt verstreicht; sie kann aber auch vor Ablauf des Decendii eintreten, und oftmals tritt sie erst nach dieser Zeit ein.

Was nun jene Behauptung selbst betrifft, so glaube ich, fange die Beweisfrist in beiden Fällen zu laufen an von der Zeit, da die zur Fortsetzung des eingewandten Rechtsmittels vorgeschriebene Frist ungenutzt verstrichen ist. Ich behaupte also ebenfalls, was jene den Worten nach behaupten, nämlich, daß die Beweisfrist von Zeit der Rechtskraft des Urtheils an zu berechnen sey; aber ich beschränke meine Behauptung auf das Urtheil, wogegen das Rechtsmittel eingewandt worden, und verwechsele nicht, wie jene thun, Rechtskraft und Ablauf der zehn Tage.

Bei Berechnung der Beweisfrist gehen wir von dem

Grundsatz aus, daß ein rechtliches Hinderniß, was den Beweisführer abhält, den Beweis anzutreten, den Anfang desselben verschiebt, bis es gehoben ist. Wenn nun ein Rechtsmittel gegen das Urtheil eingewandt, selbiges jedoch nicht fortgesetzt ist, so kann die Beweisfrist hiernach nicht eher zu laufen anfangen, als bis die zum Gebrauch desselben vorgeschriebene Frist verstrichen ist. Erst dann ist das Hinderniß gehoben, was der Beweis-Antretung im Wege stand, und das Rechtsmittel erledigt. Die Rechtsgelehrten sind gegen den Beweisführer zu karg, und gegen seinen Gegner zu freigebig. Denn, das wollen wir sogleich, namentlich in Beziehung auf den zweiten Fall, hinzusetzen: es bedurfte keiner sententia desertoria, um das Hinderniß zu entfernen, was der Beweis-Antretung im Wege stand — das Hinderniß fiel weg, sobald das Fatale des Rechtsmittels verstrichen war. Wer die zum Gebrauch der Rechtsmittel vorgeschriebenen Fristen nicht beobachtet, dem erlöschen sie ipso jure. Wie es keiner sententia desertoria bedurfte, bedurfte es auch keiner rechtskräftigen. Ja, es kann bei dieser sogenannten sententia desertoria gar von keiner Rechtskraft die Rede seyn, indem sie kein wahres Urtheil, sondern ein bloßes Präclusivdecret ist, da sie von einem Urtheil allenfalls nur die äußere Form zur Schau trägt. Daher würde es auch beiläufig sehr unpassend seyn, wenn z. B. der Appellant ein Rechtsmittel dagegen einwenden wollte; vielmehr, wenn er sich nicht beruhigen will, hat er nichts nöthig zu thün, als Restitution gegen den Ablauf der Nothfrist nachzusuchen, und wenn er diese nur erlangt, kann er, zum Trotz der sententia desertoria, das für desert erklärte Rechtsmittel getrosten Muths fortsetzen.

Von dem zweiten Fall habe ich wohl genug gesagt.

Was aber den ersten betrifft, so ist darüber insonderheit noch Einiges zu sagen übrig.

Koch beruft sich zum Beweise seiner Behauptung: — „daß, wenn der Beweisführer das Rechtsmittel eingewandt „hat, die Beweisfrist von der Zeit an zu berechnen sey, da „das Urtheil rechtskräftig geworden," d. h. in seinem Sinn, von Zeit des Ablaufs der zehn Tage — auf L. 5. §. 4. C. de appellat.

Daselbst heißt es:

— — jubemus, eundem appellatorem, nisi observaverit judicium, et causam usque ad finem peregerit, sed et si per eum steterit, quominus omnia litis certamina impleantur, appellatione defraudari, *et sententiam contra eum latam in suo robore durare et ad effectum perduci, tanquam si ab initio minime fuerit provocatum.*

Ich wüßte nicht, was uns berechtigen könnte, auf die letztern Worte des Kaisers mit Koch ein so großes Gewicht zu legen, da sie nichts anderes aussagen, als daß es bei dem vorigen Urtheil verbleiben soll, wenn der Appellant sich an der zur Ausführung des Rechtsmittels vorgeschriebenen Frist versäumte. Wenigstens auf die im vorigen Urtheil vorgeschriebene Beweisfrist, welche der römische Prozeß nicht kennt, bei deren Berechnung wir, wie gesagt, von dem Grundsatz ausgehen, daß rechtliche Hindernisse den Anfang derselben verschieben, bis sie gehoben sind, scheint mir dieß ohne Einfluß zu seyn. Gesetzt aber, jene Worte könnten hier in Betrachtung kommen, so würden sie zuviel beweisen; denn es würde daraus folgen, daß die Beweisfrist nicht vom Ablauf der zehn Tage, sondern von Zeit der Publication des Urtheils an zu berechnen sey.

Ueberhaupt ist es seltsam, wenn behauptet wird, die Beweisfrist fange erst zu laufen an, wenn das Urtheil rechtskräftig geworden, und nicht zugleich, im Fall der Beweisführer das eingewandte Rechtsmittel desert werden läßt, sey die Beweisfrist von der Zeit an zu berechnen, da das Rechtsmittel desert geworden. Wäre Rechtskraft des Urtheils in dem einen Fall nöthig, so müßte sie es in dem anderen Fall auch wohl seyn. Man kann aber nicht sagen, ein Urtheil sey rechtskräftig geworden, wenn dagegen ein Rechtsmittel eingewandt worden, so lange die Nothfrist nicht verstrichen ist, die für den wirklichen Gebrauch desselben vorgeschrieben ist.

Nur wenn man annimmt, wie §. 1. geschehen, die Beweisfrist fange an und für sich mit dem Tage zu laufen an, da das Urtheil bekannt gemacht worden, nur dann kann es zweifelhaft seyn, ob, im Fall der Beweisführer das von ihm eingewandte Rechtsmittel desert werden läßt, der Anfang der Beweisfrist nicht schon auf den Zeitpunkt der Publication des Urtheils zurückzurechnen sey. Die Einwendung des Rechtsmittels geschah ja dann ganz vergebens, und es hing nur von dem Beweisführer ab, den Beweis auch schon früher anzutreten.

Dieser Einwand würde auch beim wirklichen Gebrauche des Rechtsmittels, wenn der Richter den vorigen Ausspruch bestätigte, möglich seyn. Indessen scheint zwischen beiden Fällen der Unterschied statt zu finden, daß, wenn der Beweisführer das Rechtsmittel nicht fortsetzt, er es von freien Stücken aufgibt, und der Nichterfolg des Rechtsmittels insoweit auf seiner Willkühr beruht.

Aber — wenn der Beweisführer, nachdem er einmal ein Rechtsmittel eingewandt, es nicht fortsetzt, kann schwer-

lich etwas anders gelten, als wenn ein solcher auf das eingewandte Rechtsmittel Verzicht leistet, in welchem Fall die Beweisfrist bekanntlich von Zeit der Verzichtleistung an berechnet wird. Ohne Gefahr der Ungerechtigkeit kann man die Beweisfrist nicht früher anfangen lassen, als bis die zum Gebrauch des Rechtsmittels vorgeschriebene Frist und zwar völlig verstrichen ist. Es ist möglich, daß er bis zum letzten Augenblick Gründe hatte, sich für verletzt zu halten; und diese Möglichkeit ist hier schon genug. Mag es auch seyn, daß er in einzelnen Fällen den Vorsatz schon früher faßte, das Rechtsmittel nicht zur Ausführung zu bringen, den er auch wieder ändern kann, dieses kann nicht in Betrachtung kommen; genug, daß er diesen Vorsatz auf keine Weise erklärt oder zu erkennen gegeben.

Die Unhaltbarkeit der gewöhnlichen Theorie wird durch folgende Betrachtung bestätigt: „Wäre die gewöhnliche Theorie richtig, so würde dem Beweisführer, der das Rechtsmittel nicht fortsetzte, das Rechtsmittel und der Beweis zugleich desert werden, da die zum Gebrauch des Rechtsmittels vorgeschriebene Frist länger dauert, als die Beweisfrist, und eben dadurch in die Klemme gebracht, würde er gezwungen seyn, das Rechtsmittel fortzusetzen, sollte sich seine Ansicht, daß er verletzt sey, auch geändert haben."

II.

Ueber die Vermuthung, welche für die zur rechten Zeit geschehene Uebergabe einer gerichtlichen Schrift streiten soll. *)

Ueber die geschehene Einreichung einer Schrift bei Gericht unter Angabe von Jahr und Tag, da sie geschehen, wie über alles andere, was bei Gericht vorgefallen ist, darf es nicht an Aufzeichnungen zur Nachricht, nicht an Beweisen fehlen. Vielmehr gebührt es sich, daß auch diese Begebenheit, wie klein sie an sich auch ist — in ihren Folgen ist sie oftmals wichtig genug, wenigstens für die streitenden Theile — sogleich, wie sie sich ereignet, niedergeschrieben wird. Nöthig ist es schon in Hinsicht auf den Richter, indem daraus erhellt, wie früh oder wie spät der Richter angetreten sey, und wie früh oder wie spät er sich in dem Falle befunden habe, sein Amt verwalten zu müssen; nöthig ist es in Hinsicht auf die streitenden Theile; denn wiewohl in

*) Diese kleine Abhandlung erschien im Archiv für die civil. Praxis, Bd. 14. S. 452 ff. Sie erscheint in dieser Sammlung unverändert.

Hinsicht auf sie in vielen Fällen nichts oder gar nicht viel daran gelegen seyn wird, ob diese Schrift einige Tage früher oder später bei Gericht angelangt ist, so kommen doch andere Fälle vor, wo es auf Tag und Stunde ankommt, und die Zeit, da ein streitender Theil sich bei Gericht gemeldet hat, nicht gleichgültig, sondern auf Rechtsverhältnisse von dem größten Einflusse ist. Der nächste dazu, das Ereigniß niederzuschreiben, ist der bei diesem Gericht angestellte Schreiber, dessen Amt es überhaupt mit sich bringt, die gerichtliche Geschichte zu schreiben, d. h. alles, was Merkwürdiges bei Gericht geschehen ist, zum Andenken und zum Beweise nieder zu schreiben. Er hat auch deßhalb vor anderen den Beruf dazu, weil die Schrift zuerst an ihn gelangt ist; der Richter könnte nur *de auditu* Zeugniß ablegen. Indessen rührt der Gebrauch, dem Schreiber die gerichtlichen Eingaben zuzusenden, wohl gerade daher, daß er die geschehene Einreichung zum Andenken und Beweise niederschreiben soll. Weil sein Amt dieses mit sich bringt, gehört auch jenes zu seinem Amte. Es hat freilich noch sonst einen nicht beabsichtigten Nutzen, denselben nämlich, welchen die Schranken haben, wodurch der Platz, wo der Richter sitzt, von den Plätzen der streitenden Theile abgesondert ist; es entfernt den Richter von den Partheien, und die Achtung vor dem, welchem man sich nicht unmittelbar nähern darf, erhält sich, wenn sie dadurch nicht vermehrt wird. Also dem Gerichtsschreiber gebührt es, aufzuzeichnen, an welchem Tage und in welchem Jahr eine gewisse Schrift bei Gericht angelangt ist; sie müßte denn, etwa in der Gestalt eines gewöhnlichen Briefes, unmittelbar an den Richter gelangt seyn. Die Aufzeichnung selbst geschieht bekanntlich auf der Schrift selbst

mit wenigen und abgekürzten Worten, gewöhnlich ohne Unterschrift des Namens; außerdem wird noch wohl über alle bei Gericht angelangten Schriften ein besonderes Buch geführt, worin jede, nach ihrer Ordnung, wie sie eingekommen ist, eingetragen wird.

Wenn man sich nur nicht durch die Kürze dieser Aufzeichnung und die Abweichung derselben von der gewöhnlichen Gestalt irre machen läßt, so ist sie von einem sonstigen Protocoll nicht verschieden, beide sind nicht wesentlich verschieden; auch wird jene ja *registratura* praesentationis genannt.

Die Rechtsgelehrten haben die Frage aufgeworfen, wenn die Zeit der Uebergabe nicht niedergeschrieben ist, wie es dann wohl werden solle. Nach Anderen lehrt Danz [1]), demjenigen, von welchem die Schrift herrührt, liege die Last auf, zu beweisen, daß er sie zur rechten Zeit eingereicht habe. Ihm widerspricht Gönner [2]). Jede Parthei, bemerkt Gönner, müsse volle Rechnung darauf machen, daß der Richter die Pflichten seines Amtes genau erfülle, und die Gesetze könnten, ohne schreiendes Unrecht zu begehen, die Parthei nicht mit einem Beweise über eine Thatsache beladen, worüber sie den Richter zur Herstellung des Beweises durch Aufzeichnung der Präsentation verbänden. Eine sträfliche Unterlassung des Richters könne an der unschuldigen Parthei nicht bestraft werden, und dieses würde geschehen, wenn man ihr einen Beweis abforderte, um den sie im Vertrauen auf des Richters pflichtmäßiges Betragen gar nicht besorgt gewesen. Ohne allen Unterschied müsse dem-

---

[1]) Grundsätze des ord. Prozesses §. 89.

[2]) Handbuch des Prozesses Bd. 1. Abth. 9. §. 8.

nach die allgemeine Vermuthung aufgestellt werden, wie das Exhibitum an dem darin bemerkten Datum, oder, wenn auch dieses in der Schrift nicht enthalten wäre, da es in Prozeßschriften nicht nothwendig sey, daß es zur rechten Zeit übergeben worden u. s. w. So weit, mit seinen eigenen Worten, Gönner.

Der Fall, wovon hier die Rede ist, kann so leicht nicht vorkommen. Denn zuerst müßte der Schreiber sich eine grobe Nachlässigkeit haben zu Schulden kommen lassen, indem er das Datum der Ankunft nicht auf die Schrift schrieb, sie auch nicht zu Buch führte, und sodann müßte der Richter sich einer zweiten, nicht minder groben, schuldig gemacht haben, indem er gar nach dem Datum sich nicht umsah, oder, wenn er den Mangel bemerkte, den Schreiber seines vernachlässigten Amtes nicht erinnerte. Ja, da gerichtliche Eingaben gewöhnlich noch durch mehrere Hände gehen, ehe sie dem Gegner mitgetheilt werden oder in den Acten zur Ruhe kommen, durch Hände von Leuten, die sie tragen, abschreiben, ihre Stimme darüber abgeben u. s. w., so müßte es nicht mit rechten Dingen zugehen, wenn Niemand den Mangel bemerkt und dessen Abstellung auf frischer That veranlaßt hätte. Indessen, die Möglichkeit läßt sich gerade nicht leugnen; unter einem Zusammenflusse besonderer Umstände könnte es wohl geschehen, daß ein Mangel dieser Art, und zwar gerade ein einflußreicher, unbemerkt geblieben, oder erst dann bemerkt wäre, da es zu spät war, ihn zu verbessern. Daher ist es allerdings erlaubt und nicht ohne Nutzen, jene Frage aufzuwerfen. Auf allen Fall gibt die Erörterung dieser Frage zu Bemerkungen Gelegenheit, die vielleicht für andere Fälle noch mehr von Nutzen seyn können, als für den zunächst aufgeworfenen. Wir wollen sie daher nicht für gering achten.

Auf den ersten Anblick scheint es, die Beantwortung der aufgeworfenen Frage sey nur leicht, und Danz habe sie ganz richtig entschieden. Dem streitenden Theile, kann man sagen, welcher behauptet, wie er an einem gewissen Tage eine gewisse Schrift bei Gericht eingereicht habe, liegt es ob, die Wahrheit dieser Thatsache und seiner Behauptung zu beweisen. Er würde dieses Beweises überhoben seyn, wenn der Gerichtsschreiber nicht pflichtwidrig versäumt hätte, die registratura praesentationis aufzunehmen, vorausgesetzt dabei, daß der Inhalt derselben und das darin liegende Zeugniß des Gerichtschreibers mit seiner Angabe übereingestimmt hätte. Denn so viel nur weiß man, daß die registratura praesentationis fehlt; hingegen, daß der Inhalt derselben die Angabe des streitenden Theils bestätigt haben würde, das weiß man nicht; das kann man nicht wissen; das bleibt nach wie vor ungewiß. Er ist also den Beweis, den er nicht geführt hat, wenn er ihm überhaupt oblag, noch immer zu führen schuldig. Daraus, daß der Gerichtsschreiber keine Registratur aufgenommen hat, deren Inhalt ihm vielleicht günstig gewesen wäre, folgt nicht, daß er vom Beweise frei sey, sondern nur, daß, wenn er den Beweis führt, der Gerichtsschreiber ihm die Kosten, überhaupt den Schaden ersetzen müsse, der durch seine widerrechtliche Handlung entstanden ist [3]).

Die Gründe, die Gönner für seinen Widerspruch aufstellt, beweisen auf allen Fall nichts. Eine Vermuthung der Art, wie er sie anführt, gibt es nicht. Seine Gründe beweisen keinesweges, daß der Gesetzgeber eine

---

[3]) Neben dem Schadenserſatz muß der Schreiber, zusammt dem Richter, wegen Amtsvernachläſſigung bestraft werden.

Vermuthung dieser Art eingeführt habe, sondern nur allenfalls, daß er Grund hätte, sie einzuführen. Doch auch daran zweifle ich. Der Gesetzgeber würde durch Einführung einer solchen Vermuthung nicht den nachlässigen Schreiber bestrafen, sondern den einen streitenden Theil, auf Kosten des anderen, an der begangenen Versäumniß ganz unschuldigen, widerrechtlich begünstigen. Eine Vermuthung kann wohl auf Gründe der Wahrscheinlichkeit gebauet werden, auch könnte es gerechtfertigt werden, wenn ein nachlässiger Gegner, als Folge seiner Verschuldung und des dadurch dem anderen entzogenen Beweises, eine solche gegen sich gelten lassen müßte; aber ungerecht würde es seyn, auf die Nachlässigkeit eines Dritten eine Vermuthung zu bauen.

Also irrt Gönner und Danz hat Recht? Nein, beide sind auf falscher Fährte. Es ist eine falsche Voraussetzung, wenn man glaubt, als habe derjenige, welcher behauptet, wie er eine gewisse Schrift an einem gewissen Tage bei Gericht eingereicht habe, nöthig, den Beweis dieser Behauptung zu führen, und als sey er, wie Gönner annimmt, nur dann davon frei, wenn der Gerichtsschreiber nachlässig gewesen. Freilich, wenn gar keine Schrift an den Richter gelangt wäre, so würde er von jenem Beweise nicht oder vielmehr nur nicht völlig freigesprochen werden können; er würde nämlich beweisen müssen, daß er sie wirklich bei Gericht oder dessen Schreiber abgegeben habe. Und zwar würde er diesen Beweis deßhalb führen müssen, weil der Richter, an den keine Schrift gelangt ist, annehmen müßte, daß keine eingereicht sey. Allein, gesetzt, die Schrift befindet sich in den Händen des Richters; dann kann darüber kein Zweifel stattfinden, daß sie bei Gericht eingereicht sey; es kann nur die Frage entstehen, ob sie zur rechten Zeit eingereicht

sey, und derjenige, von dem die Schrift herrührt, hat gar nicht nöthig, zu beweisen, daß diese Frage zu bejahen sey; er ist vom Beweise frei, nicht deshalb, weil eine Vermuthung, oder gar eine Rechtsvermuthung für ihn streitet, sondern, weil allgemeine Grundsätze von der Beweislast und deren Vertheilung ihm zu statten kommen.

Es kann nämlich jene Frage nicht füglich unter anderer Gestalt bei Gericht bestritten werden, als daß demjenigen, von welchem die Schrift herrührt, der Vorwurf gemacht wird, er habe sich Ungehorsam, Versäumniß oder Nachlässigkeit zu Schulden kommen lassen, um daraus gewisse Rechte gegen ihn herzuleiten, oder gewisse Einreden gegen ihn darauf zu bauen. Wenn ihm also Ungehorsam vorgeworfen wird, so muß derjenige, welcher ihm Ungehorsam vorwirft, beweisen, daß er ungehorsam gewesen sey. Dazu gehört nun, daß er die Handlung entweder überhaupt nicht, oder daß er sie nicht auf die gehörige Art, namentlich, daß er sie nicht zur rechten Zeit vorgenommen. Hier will ich — vorläufig oder im Vorbeigehen, gleichviel, wenn es nur gesagt wird, und wenn es nur gut ist — bemerken. Ungehorsam kann, nach meinem Ermessen, nur derjenige mit Recht genannt werden, der dem Befehl des Richters — zu einer gewissen Zeit vor ihm zu erscheinen, oder, binnen einer gewissen Frist eine gewisse Handlung vorzunehmen, — vorsätzlich nicht befolgt. Dieß stimmt mit dem Sprachgebrauch und mit dem Begriff, den Hermogenian gibt [4]), überein; auch die Zusammen-

---

[4]) *L.* 53. §. 1. *D. de re judicata.* Contumax est, qui tribus Edictis propositis, vel uno pro tribus, quod vulgo peremtorium appellatur, litteris evocatus praesentiam sui facere contemnit.

stellung von dolus und contumacia in dem hieher gehörigen Titel des canonischen Rechts (Decret. Gregor. lib. 2. tit. 14.) hätte hierauf führen können. Alle wahre contumacia ist *dolosa*, und eine contumacia *culposa* gibt es nur in den Schriften der Rechtsgelehrten. Es ist zwar möglich, daß Jemand aus bloßer culpa unterläßt, dem Befehl des Richters zu gehorchen, z. B. wenn er zu spät im Gericht erscheint, weil er aus Unkunde der Entfernung nicht zeitig genug abgereist war, und diese culpa kann, zum Theil wenigstens, dieselben nachtheiligen Folgen hervorbringen, wie der dolus [5]); aber ungehorsam kann Jemand immer nur genannt werden, wenn er nicht gehorchen wollte. Ich weiß nun wohl, daß, wenn Jemand auf des Richters Gebot nicht vor Gericht erscheint, oder die ihm aufgegebene Handlung nicht vornimmt, aus der bloßen Unterlassung Ungehorsam herzuleiten, und der streitende Theil einstweilen als ungehorsam anzusehen und ob contumaciam praesumtam als ein Ungehorsamer zu behandeln ist, bis er beweist, daß eingetretene Hindernisse ihn außer Stand setzten, dem Befehl des Richters zu gehorchen, und er also nicht wirklich ungehorsam gewesen sey [6]). Allein, ich glaube auch, daß dieß hier nicht angewandt werden könne, da er wirklich gehandelt hat und es bloß ungewiß ist, ob es binnen der vorgeschriebenen Zeit geschehen sey. Hier kann ihm nicht, wie in dem vorigen Fall, zugemuthet werden, daß er sich von der contumacia reinige, da ihn die Handlung nicht, wie in dem vorigen Fall, des Ungehorsams wegen verklagt, sie selbst ihn nicht

---

[5]) *G. L. Boehmer* princ. jur. can. §. 745.

[6]) cap. 18. X. de sent. et re jud., cap. 7. §. 1. de sent. excom. in VIto.

als einen Ungehorsamen darstellt, er, wenn ich so sagen darf, nicht äußerlich und bis dahin, daß er sich gerechtfertigt hat, als ein Ungehorsamer erscheint. Da auch die nachtheiligen Folgen der contumacia nur stattfinden, wenn der Gegner dem Gegner den Ungehorsam vorwirft, und darauf anträgt, daß die nachtheiligen Folgen der contumacia über ihn nun wirklich verhängt werden und der Ungehorsam bis dahin, daß dieses geschehen, Versäumniß und Ungehorsam wieder gut machen kann, oder, wie die Rechtsgelehrten sagen, da contumacia non *accusata* non nocet et ante accusationem alter moram adhuc purgare potest [7]), so kann der Mangel des Tages der geschehenen Uebergabe hier selbst nicht einmal in Betrachtung kommen. Die Schrift ist, der Voraussetzung zufolge, bei Gericht, und liegt bei den Acten; man weiß nur nicht, an welchem Tage sie angelangt ist. Dieses ist hier gleichgültig; denn mag sie angelangt seyn, an welchem Tage sie will, so befindet sie sich doch jetzt, da der Ungehorsam angeklagt werden soll, bei den Acten und macht die Anklage unnütz und vergeblich. Aber auch selbst in solchen Fällen, wo es keiner Ungehorsams-Anklage bedarf, und eigentlich gar davon nicht die Rede seyn kann, damit, durch sie hervorgelockt, nachtheilige Folgen aus der Versäumniß entstehen, wie wenn gesetzliche Fristen verstrichen sind, an welche der Gebrauch gewisser Rechtswohlthaten oder Handlungen gebunden ist, muß es dem streitenden Theil zu Gute kommen, daß die Handlung selbst, nach den Acten, geschehen ist, und es, zumal ohne seine Schuld, bloß ungewiß ist, ob sie zur rechten Zeit geschehen sey? Man kann in solchen Fällen gar nicht sagen,

---

[7]) *Schaumburg* princ. prax. jur. jud. lib. 1. sect. 1. membr. 2. §. 5.

gen und ihm gar den Vorwurf nicht machen, er habe etwas, oder, er habe sich an dieser oder jener Handlung versäumt; denn man weiß es nicht, und gegen die bloße Möglichkeit einer Versäumniß durch Beweis sich zu rechtfertigen, kann gar von ihm nicht begehrt werden. Die Versäumniß des Gerichtschreibers kömmt also ihm, wenn er ja eine begangen haben sollte, zu Gute.

Besonders kann einem Beklagten daran gelegen seyn, das Datum der Uebergabe einer gerichtlichen Schrift zu kennen, wenn in ihr eine Klage enthalten ist, deren Verjährungszeit sich zum Ablauf neigte, und vielleicht gerade mit diesem Tage, als dem letzten, ihr Ende erreichte. In Fällen dieser Art wird kein Kläger die Vorsichtsmaaßregel vernachlässigen, sich, zur Vermeidung alles Streits, bei etwaniger Nachlässigkeit oder Versehen durch unrichtige Angabe des Datum von Seiten des Schreibers, sogleich bei der Uebergabe ein besonderes Zeugniß darüber, daß, und wann sie geschehen, ausstellen zu lassen. (Noch nöthiger, als gegen Nichtangabe des Praesentati, dient dies zum Schutz gegen eine falsche Angabe.) Sollte er aber diese oder ähnliche Vorsichtsmaaßregeln versäumt haben, und es träfe sich nun, daß zum Unglück gerade dießmal der Schreiber das Datum auf die Schrift zu setzen versäumt hätte, so würde auch in diesem Falle für denjenigen, von dem die Schrift herrührt, besser, wie für seinen Gegner, gesorgt seyn.

Denn, auch von der Verjährung gilt die Regel: Wer die Verjährung behauptet, muß die Verjährung beweisen [8]). Er muß nicht nur die Verjährung überhaupt,

---

[8]) So schreibt Mevius: Praescriptio facti est et probatione allegantis eget. *Mev.* P. 4. dec. 22. no. 5.

sondern, der Regel nach, das Vorhandenseyn eines jeden einzelnen dazu gehörigen Erfordernisses [9]) beweisen.

Wenden wir diese Grundsätze auf den vorliegenden Fall an, so muß derjenige, welcher behauptet, die Klage des Gegners sey durch Verjährung erloschen, beweisen, wie die Klage so spät eingereicht sey, daß die Verjährungszeit zur Zeit der erhobenen Klage bereits verstrichen gewesen, und, wenn er gewöhnlich von der Last dieses Beweises frei seyn wird, rührt es daher, weil er bereits geführt ist, nämlich durch die in dem Praesentato enthaltene Angabe der Zahl des Tages. Aber, der Voraussetzung zufolge, fehlt dieser Beweis; dem Beklagten fehlt er; ihm hat der Gerichtsschreiber, wenn die Schrift zu spät eingereicht ist, geschadet, nicht dem Kläger, nicht dem Schriftsteller.

---

[9]) Jener a. a. O. Nr. 8. lehrt weiter: Praescriptionem qui probare debet, *illi omnia ejus requisita articulare et verifacere incumbit.*

III.

Vom Eigenthum des Mannes am Dos.

(Während des Drucks.)

Leyser*) gesteht dem Ehemanne in Ansehung des Brautschatzes ein bloßes Verwaltungsrecht zu. Auf ähnliche Art hat vor Kurzem von Tigerström in seinem Werk vom Brautschatz (das römische Dotalrecht, Berlin 1831, 1832) den Ehemann für einen procuratorischen Verwalter erklärt, dem zugleich das Recht des Nießbrauchs zustehe.

Weit gefehlt, daß die Frau Eigenthümerin ihres Brautschatzes und der Mann bloßer Verwalter seyn sollte, ist vielmehr, wie es mir scheint, nach Grundsätzen des echten römischen Rechts, der Mann der wahre und wirkliche Eigenthümer und, obwohl der Brautschatz die Frau sehr nahe angeht, da er von ihr ausgeht und einst zu ihr zurückkehrt, so ist doch ein Eigenthum der Frau, während der Ehe, neben dem, von den Gesetzen anerkannten, Eigenthum des Mannes, so wenig vorhanden, als selbst einmal möglich[1]), und Ausdrücke, die das Gegentheil anzudeuten schei-

*) *Leyser* spec. 471. med. 2.

[1]) L. 5. §. 15. D. Com., L. 5. D. de stipulat. serv.

nen, sind bloße Redensarten, die das nahe Verhältniß der Frau zum Brautschatz bezeichnen sollen, jedoch in juridischer Hinsicht keine Bedeutung haben. Daß der Mann Eigenthümer sey, nämlich nicht fungibler, zum Brautschatz gegebener Sachen — denn bei fungiblen versteht es sich, ihrer Art wegen, ohnehin von selbst [2]) — beweisen bei ihm nicht bloß die Worte, die Namen, sondern noch mehr die Sachen. Nicht bei der Frau, beim Mann treffen wir die Wirkungen des Eigenthums an, und schließen daraus, daß ihr, nicht ihm, das Eigenthum fehle, was diese Wirkungen hervorbringt. Die Frau kann keine Handlungen eines Eigenthümers vornehmen [3]). Das Vindicationsrecht steht ihr nicht zu [4]). Sie kann an den Dotalsachen ein *furtum* begehen [5]). Dem Manne gehören die Früchte, welche die Dotalsachen hervorbringen; und zwar bezieht er sie nicht als Usufructuarius, er darf sie nicht erst, gleich einem Usufructuarius, durch Perception sich zu eigen machen, sondern jure proprio oder vi dominii maritalis werden sie ihm zu Theil [6]). Den Ususfructus hat der Mann nur, wie der Eigenthümer ihn hat, und eben daher kann er ihm entzogen werden, ohne daß die Frau deßhalb unausgestattet wäre [7]). Ihm ist es nicht verwehrt, über die Sache selbst zu verfügen, und sogar das Veräußerungsrecht mußte ihm erst durch besondere Gesetze entzogen werden; noch jetzt steht es ihm in Ansehung der beweglichen Sachen zu. Dieß Veräußerungsrecht wird nicht etwa aus bloßer Verwal-

---

[2]) L. 42. D. de jure dot.
[3]) L. 23. C. de jure dot.
[4]) L. 9. C. de rei vind.
[5]) L. 24. D. Rerum amotarum.
[6]) *Struv.* syntagma ex. 30. lib. 24. tit. 3. §. 12.
[7]) L. 17. C. de jure dot.

tung hergeleitet, sondern entspringt aus dem Eigenthum. Accidit aliquando, bemerkt Justinian [8]), ut *qui dominus sit* alienare non possit. — Nam *dotale praedium* maritus invita muliere per legem Juliam prohibetur alienare: *quamvis ipsius sit*, dotis causa ei *datum*. Er kann den Dotalsclaven frei lassen [9]); dieß Recht steht nur dem Eigenthümer zu [10]). Ihm stehen wegen der Dotalsachen dieselben Klagen zu, wie dem Eigenthümer in Ansehung der eigenen, als namentlich rei vindicatio und condictio furtiva [11]). Die *causa dotis* steht der causa donationis und anderen Gründen gleich, wodurch das Eigenthum übertragen wird [12]). Der titulus pro dote ist ein eigener Titel zum Erwerb des Eigenthums, wie zur Verjährung. Ist ihm also eine fremde Sache zum Brautschatz gegeben, so kommt er eben so gut in conditionem usucapiendi, als wenn sie ihm verkauft wäre; und ist sie ihm abhanden gekommen, kann er sie mit der actio in rem publiciana verfolgen [13]). Stirbt der Mann, so gehören, nach einer Stelle des Paulus, die Dotalsachen zur Erbschaft und gehen mit ihr auf den Erben über [14]) und es steht, wenigstens nach dem älteren Recht, der Frau nur eine persönliche Klage zu gegen den Mann

---

8) pr. J. Quibus alienare licet.

9) L. 3. C. de jure dotium. L. 24. §. 4. L. 61. L. 62. D. Soluto matrimonio. L. 1. C. de servo pign. dato. L. 21. D. de manumiss.

10) §. 1. J. de libert. L. 4. C. de his, qui a non domino. Struv. c. l.

11) L. 24. D. Rer. amotar. L. 11. C. de jure dotium.

12) §. 40. J. de rerum div.

13) L. 3. §. 1. D. de Publ. in rem act.

14) L. 1. §. 1. D. de fundo dotali.

und dessen Erben auf Zurückgabe des Brautschatzes [15]). Nun hat zwar Justinian, nachdem das Band der Ehe getrennt ist, der Frau eine actio in rem beigelegt in der L. 30. C. de jure dotium. Allein, daraus folgt weiter nichts, als höchstens, daß es jetzt keiner Retradition weiter bedarf, sondern das Eigenthum ipso jure an die Frau zurückfällt, sobald die Ehe getrennt ist. Diese Aenderung betrifft bloß die Art, wie die Frau wiederum zum Eigenthum gelangt, was sie also während der Ehe auf allen Fall entbehrt haben muß. Kurz, alles, alles deutet darauf hin, der Mann ist Eigenthümer des Dos, und die Frau ist es nicht. Ausdrücklich lehrt auch Tryphonin, was auch Ulpian [16]) lehrt, der Dos gehört zum Vermögen des Mannes — er hat den Dos in bonis — der Mann ist Eigenthümer des Dos — apud maritum dominium est, sc. dotis [17]). Ferner heißt es bei Ulpian [18]): Dotale praedium sic accipimus, *cum dominium marito quaesitum est:* ut tunc demum alienatio prohibeatur. Und im Codex heißt es: si praedium uxor tua dotale venundedit: sponte nec ne contractum ratum habuerit, nihil interest: *cum rei tibi quaesitae dominium auferre nolenti minime potuerit* [19]). Diese Stelle ist aber um so merkwürdiger und um so entscheidender, da hier gerade beide um das Eigenthum streitende Theile zusammenstoßen und hier nun, wo einer von beiden weichen, wo es sich also zeigen muß, wer wirklich Eigen-

---

[15]) S. *Vinn.* ad pr. J. Quibus alienare licet vel non.

[16]) L. 7. §. 3. D. de jure dotium.

[17]) L. 75. D. de jure dot.

[18]) L. 13. §. 2. D. de fundo dotali.

[19]) L. 23. C. de jure dotium.

thümer sey und wer nur den Titel sich anmaßt, trägt — der Mann den Sieg davon.

Zwar muß der Mann auf die Dotalsachen und ihre Erhaltung Sorgfalt verwenden und haftet für Schaden, der durch Unterlassung dieser Pflicht, durch culpa, entsteht, und dieß ist das Beste, was gegen das Eigenthum des Mannes eingewandt werden kann und v. Tigerström eingewandt hat; allein, nach Allem, was für das Eigenthum des Mannes gesagt ist und wodurch dieses so überschwänglich bewiesen wird, könnte dieß höchstens für eine Anomalie gelten, für einen heimlichen Sieg des s. g. *dominii naturalis* über die *legum subtilitas*, läßt sich aber ohne das und auch abgesehen davon, daß der Mann nur „*diligentiam praestat, quam in suis rebus exhibet*" (L. 17. pr. D. de jure dotium), hinlänglich durch die Verbindlichkeit erklären, die dem Manne obliegt, den Brautschatz dereinst, wie er ihn empfangen hat, nur allenfalls durch den Gebrauch verschlechtert und durch die Länge der Zeit, zurückzugeben, sobald der Zweck aufgehört hat, zu welchem er ihm gegeben ist. Von noch geringerem Belange ist ein anderer Einwurf, nämlich, daß, wenn auf dem zum Brautschatz gegebenen Grundstück der Mann einen Schatz findet, er sich mit der Hälfte begnügen muß, die jedem Finder zu Theil wird, während er die andere Hälfte der Frau überlassen muß. Dieß lehrt Ulpian[20]); allein, es beweist nichts, vielmehr werden wir hier am Ende noch einen Grund mehr finden, dem Manne das Eigenthum des Brautschatzes beizulegen. Zuvörderst kann der Mann auf die andere Hälfte keine Ansprache machen, weil der

---

[20]) L. 7. §. 12. D. sol. matrim.

Schatz, wenn man ihn auch nicht mit Man zu den Accessionen rechnen will, doch wenigstens nicht zu den Früchten gehört, vielmehr, so wie der Mann einst das Grundstück selbst an die Frau zurückgeben muß, eben so gut muß er ihr auch die dem Eigenthümer zukommende Hälfte des auf diesem Grundstück gefundenen Schatzes, die er dem Boden nur einstweilen abgeliehen hat, zukommen lassen, gleich als hätte er ihn, wie der römische Rechtsgelehrte sagt, *in alieno* gefunden, was also wirklich nicht der Fall seyn muß — pars ejus (sc. thesauri) dimidia restituetur, *quasi* in alieno inventi [21]). Die Ausdrücke des römischen Rechtsgelehrten lassen hieran nicht zweifeln, und können um so weniger in einer von der gewöhnlichen abweichenden Bedeutung genommen werden, als sie mit dem Rechtssystem und den Ausdrücken anderer Rechtsgelehrten und anderer Stellen, die das sogar noch viel ausdrücklicher lehren, was hier nur angedeutet wird, auf das Genaueste übereinstimmen.

Soviel kann, nach meinem Ermessen, keinen Zweifel leiden, daß, nach römischem Recht, der Mann der wirkliche Eigenthümer des Brautschatzes ist; eine würdige Aufgabe, die zu lösen bliebe, würde es seyn, warum er es ist. Mir scheint es in der Natur der Ehe zu liegen, daß überhaupt keine Verschiedenheit des Vermögens unter den Eheleuten statt finden kann, sondern Alles, was sie haben, muß beiden gemeinschaftlich gehören, so lange nämlich, als die Ehe besteht. Soll aber, während zwischen den Personen die innigste Verbindung statt findet, sie vereinigt sind, das Vermögen beider getrennt seyn, so scheint sich keine Nothwendigkeit zu ergeben, weshalb dem Manne das Eigenthum

---

[21]) L. 7. §. 12. D. sol. matrim.

des Brautschatzes beigelegt werden müßte. Weit natürlicher scheint es dann zu seyn, wenn das Eigenthum der Frau fortdauert, wie ja auch in anderen Fällen, da Jemand eine Sache des Anderen einstweilen benutzen und sie dereinst zurückgeben soll, das Eigenthum nicht verändert wird. Warum soll also bei der Ehe etwas Anderes gelten? Justinian nennt es eine legum subtilitas, daß dem Manne der Brautschatz gehört. Vielleicht liegt in dieser legum subtilitas am Ende eine Hinneigung zu der Idee von der Gütergemeinschaft, die bei der Ehe so natürlich ist, indem nämlich wegen der überwiegenden Gewalt des Mannes die Güter der Frau während der Ehe in das Eigenthum des Mannes übergehen, aber nicht zugleich umgekehrt, so daß also auf diesem Wege die Einheit des Vermögens hervorgebracht wird, die sonst durch die Gütergemeinschaft entsteht. Da aber doch nicht alles Vermögen der Frau Brautschatz ist, so kann es dieß auch nicht gewesen seyn. Es scheint vielmehr, man nahm bei Gütern, die *ad ferenda onera matrimonii* gegeben werden, die Absicht, während der Ehe das Eigenthum derselben auf den Mann zu übertragen, der diese Lasten tragen soll, als vorhanden an, und unterschied davon das übrige Vermögen der Frau, die bona praeter dotem, bei welchen, wenn sie dem Manne übergeben werden, zwar auch die Absicht, *ut ejus fiant*, vorhanden seyn kann [22]), die aber bei ihnen ohne Zweifel besonders offenbart seyn muß. Es frägt sich aber immer noch, warum nahm man in dem einen Fall die Absicht an, das Eigenthum zu übertragen und nicht in dem anderen? Ich erkläre es mir auf folgende Art. Zwischen beiden Arten

---

[22]) L. 9. §. 3. D. de jure dotium.

von Sachen ist ein merklicher Unterschied. Denn, was die Sachen betrifft, die dem Manne zum Brautschatz gegeben werden, diese werden ihm nicht zum bloßen Gebrauch, sondern in der unbestimmten Absicht, ihm die Tragung der ehelichen Lasten dadurch zu erleichtern, gegeben, und da der Mann keinen Brautschatz zu fordern hat, am wenigsten in einer bestimmten Größe, da der Brautschatz eine Gabe ist, die *ex liberalitate* und *nullo jure cogente* geschieht, was anders ist das Geben zum Brautschatz, als ein Geben — zum Geschenk? Daß diese Ansicht auch die des römischen Rechts gewesen seyn müsse, scheinen manche Stellen und manche Umstände theils als argumenta probantia zu beweisen, theils als argumenta adminiculantia zu bestätigen. Um mit den letzteren den Anfang zu machen, rechne ich dahin das Zusammenstellen der *causa dotis* mit der *causa donationis* in den Institutionen, deren ich bereits früher erwähnt habe. Ferner folgt im Codex der Titel: *de usucapione pro dote* unmittelbar auf den Titel: *de usucapione pro donato*, und in den *II.* schließt er sich dem Titel: *pro legato* an, dem der Titel: *pro donato* fast unmittelbar vorhergeht. Weiter. Wenn Jemand zum Nachtheil seiner Notherben sein Vermögen einem Fremden zuwendet, es auf ihn vererbt, es ihm schenkt, dann können bekanntlich die Notherben das Geschäft anfechten, in dem einen Fall mit der querela inofficiosi testamenti, in dem anderen mit der querela inofficiosae donationis. Dasselbe können sie aber auch, wenn und soweit sie durch Hingabe zum Brautschatz am Pflichttheil verkürzt sind, mit der querela inofficiosae dotis, die als eine besondere Art der querela

inofficiosae donationis angesehen werden kann[23]). In allen diesen Fällen, außer denen es keine andere von gleicher Natur und Wirkung gibt, liegt auf dieselbe Art Freigebigkeit, Schenkung zum Grunde. Und was ich schon aus dem Studio der Quellen angenommen, finde ich bei Leyser[24]) bestätigt, nämlich auch schon einige ältere Rechtsgelehrte erklärten die dotis datio mit ihm, der mit sich selbst in Widerspruch steht, für eine Art von *donatio*. Zum Beweise ihrer Behauptung beriefen sie sich bloß auf L. ult. C. de donat. ante nuptias, woselbst Justinian bemerkt, daß die alten Rechtsgelehrten die dotis datio für donatio erklärt hätten. Ideo enim et antiqui juris conditores inter donationes etiam dotes connumerant. Justinian selbst setzt dos und donatio propter nuptias der *simplex donatio* entgegen. Neque est, quod autumes, fügt Leyser hinzu, hanc veterum sententiam in d. l. tanquam jam dudum antiquatam proponi, quum ex iis, quae praecedunt et sequuntur, verbis clarissime pateat, eam potius confirmandi gratia adferri. Außer der von seinen Vorgängern zum Beweise beigebrachten L. ult. C. de donat. ante nuptias, beruft Leyser sich auf L. ult. C. de dotis promiss. und auf den Ausdruck: Liberalitas, der darin vom dos gebraucht wird, und endlich auf L. 32. §. 2. D. de cond. indebiti, worin die dotis datio, wie er sich ausdrückt, inter pias adeoque liberales causas refertur.

Aber außer diesen von den Alten und namentlich von Leyser angeführten Stellen — welche die eigentlichen argumenta probantia an die Hand geben — gibt es noch

---

[23]) Cod. lib. 2. tit. 30.

[24]) Spec. 303. med. 1.

eine Stelle im Codex, die besonders von dem Fall handelt, da die Mutter oder andere Verwandte oder ein Fremder den Dos für die Frau gibt. In Fällen dieser Art bedarf es, nach dieser Stelle, zur Gültigkeit des Geschäfts keiner *insinuatio judicialis*, und außerdem, daß dieser Umstand den Schluß rechtfertigt, hier sey ein Geschäft, was der Regel nach eine insinuatio judicialis erfordern würde, wird es sogar ausdrücklich eine Schenkung genannt, von welcher bemerkt wird, daß sie nicht von der Frau herrühre [25]).

Was ist also, nach gesetzlicher Ansicht, das Geben zum Brautschatz, was ist es anders, was kann es anders seyn, als Schenkung. Und zwar ist es eine Art von *donatio sub modo* und die von einer gewöhnlichen Schenkung merklich abweicht. Im Allgemeinen schon dadurch, daß sie an die Ehe, als eine vorübergehende Erscheinung, geknüpft, mit dem Aufhören derselben, wenigstens in der Person des Mannes, ein Ende nimmt, so, daß das Gegebene, soweit es nicht verbraucht ist, ihm oder seinem Erben wieder abgefordert werden kann, sey es von dem Geber oder von einem Dritten; gewöhnlich auch dadurch, daß in derselben Handlung eine doppelte Schenkung enthalten ist [26]). Nämlich den Dos gibt entweder die Frau selbst von dem Ihrigen [27]) oder ein Anderer ihn für die Frau von dem

---

[25]) L. 31. C. de jure dotium.

[26]) Auch hier finde ich meine Ansicht sogleich bestätigt in der Glosse zu L. 31. C. de jure dotium, wo Salycetus lehrt, es sey in Hinsicht auf den Mann donatio sub modo, in Hinsicht auf die Frau donatio simplex.

[27]) L 4. C. de jure dotium. L. 28. eod.

Seinigen her[28]). Die Frau wird ausgestattet oder stattet sich selbst aus — oder es geschieht Beides zu gleicher Zeit[29]) — und mit dieser, einfachen oder doppelten, Ausstattung kömmt sie zum Manne und tritt mit ihm in die Ehe. Wenn sie sich nun selber ausstattet, so versteht es sich — da sie sich selber nicht beschenken kann — daß hier nur eine Schenkung vorhanden sey. Wenn aber ein Anderer, namentlich ein „extraneus", den **Dos** hergibt, so soll der Frau dadurch eine Wohlthat erwiesen werden[30]). Zwar will der Geber bisweilen einem Anderen, z. B. dem Vater, eine Wohlthat erweisen[31]); aber gewöhnlich wird die Frau bedacht. Sie wird beschenkt, aber zugleich auch der Mann und zwar dieser in allen Fällen und zunächst. Denn also muß man sich die Sache vorstellen. Zunächst wird der Mann beschenkt; er soll den Brautschatz haben, damit er die Lasten der Ehe — die Kosten des Hausstandes und der Erziehung und Ernährung der Kinder — leichter ertrage; ihm wird der Brautschatz gegeben, ihm wird eine Wohlthat erwiesen; — aber dereinst, wenn die Ehe aufgehoben ist, wenn also der Zweck wegfällt, zu welchem er ihm gegeben ist, soll er ihn entweder an den Geber zurückgeben, wenn dieser den Rückfall an sich bedungen hat, — oder, er soll ihn weiter geben und zwar an die Frau, die man dadurch begünstigen wollte, der er ursprünglich zugedacht war, um derentwillen er dem Manne gegeben ward, die ihn nun haben und — behalten soll.

---

[28]) L. 6. C. eod. L. 7. eod. L. 14. eod. L. 19. eod. L. 22. eod. L. 26. eod. L. 31. eod.

[29]) L. 18. C. de jure dotium.

[30]) L. un. §. 13. C. de rei ux. act.

[31]) L. 5. §. 2. D. de jure dotium.

Eine Schenkung bleibt es deßhalb doch; denn eine Schenkung kann *ad tempus* geschehen; sie kann ad tempus *incertum*, sogar ad tempus *certum* geschehen [32]); sie kann auch in der Art geschehen, daß erst der Beschenkte die Sache haben und dieselbe, wie ein anvertrautes Gut, in der Folge an einen Anderen abtreten soll [33]). In Beziehung auf den Mann ist es wenigstens hauptsächlich, daß die Brautgabe im römischen Recht für eine Schenkung erklärt und als solche behandelt wird.

Aber, es regt sich ein Zweifel in mir. Es gibt bekanntlich gewisse Personen, welche unter gewissen Bedingungen ein Frauenzimmer auszustatten verbunden sind und, wenn sie sich dieser Pflicht nicht gutwillig entledigen, allenfalls auch dazu gezwungen werden können, wie namentlich väterliche Ascendenten und unter gewissen Umständen die Mutter [34]). Kann das nun wohl ein Geschenk genannt wer-

[32]) *L.* 2. *C. de donat. sub modo*. Si rerum tuarum proprietatem dono dedisti, ita ut post mortem ejus qui accepit, ad te rediret, donatio valet: cum etiam ad tempus certum vel incertum ea fieri potest, lege sc. quae ei imposita est, conservanda.

[33]) *L.* 3. *C. eod.* Quoties donatio ita conficitur, ut post tempus id quod donatum est alii restituatur: veteris juris auctoritate rescriptum est, si is in quem liberalitatis compendium conferebatur, stipulatus non sit, placiti fide non impleta, ei qui liberalitatis auctor fuit, vel haeredibus ejus condictitiae actionis persecutionem competere. Sed cum postea benigna juris interpretatione divi principes ei qui stipulatus non sit utilem actionem juxta donatoris voluntatem competere admiserint: actio, quae sorori tuae, si in rebus humanis ageret, competebat, tibi accommodabitur.

[34]) L. 19. D. de ritu nupt. L. 7. C. de dotis promiss. L. 14. C. de jure dotium. L. 19. §. 1. C. de haeret.

den, was von Jemanden gefordert werden und worauf man ihn verklagen kann? **Donari videtur**, sagt im Titel von Schenkungen und wiederholt unter den Rechtsregeln wörtlich das römische Recht, quod nullo jure cogente conceditur[35]). Allein, die Pflicht zur Ausstattung, die nach römischen Gesetzen gewissen Personen obliegt, kann wohl schwerlich als eine Pflicht gegen den Mann angesehen werden; sie geht der Ehe schon vorher und ist der Verbindlichkeit an die Seite zu setzen, die den Eltern obliegt, ihr Kind zu ernähren. Wenn im römischen Recht von dieser Materie die Rede ist, wird davon als von einer Pflicht gehandelt, welche den Eltern gegen ihr Kind obliegt. Sie sollen die Söhne am Heirathen nicht hindern, die Töchter ausstatten, beiden Gelegenheit zur Heirath verschaffen[36]). Mag nun auch der Brautschatz, welcher von der Seite der Frau herkömmt, von ihr, wenn sie ihn nicht unmittelbar selbst hergibt, sondern Andere ihn für sie hergeben müssen, erzwungen werden können, in Hinsicht auf den Mann ist er doch immer eine Schenkung; er ist es wenigstens immer insoferne, als dieser für das, was er empfängt, nichts wieder gibt oder leistet, und weder durch vergangene noch durch künftige Leistungen, was ihm Gutes erwiesen wird, von ihm vergolten wird. Denn, die Tragung der ehelichen Lasten ist etwas, was ihm ohnehin obliegt, und nicht erst durch die Gabe des Brautschatzes hervorgebracht wird, welche darauf ohne Einfluß ist. Es ist dabei besonders merkwürdig, daß gerade die Stelle des römischen Rechts, worin die Pflicht zur Ausstattung hauptsächlich ihren Sitz hat — die L. 7.

---

[35]) L. 29. pr. D. de donat. L. 82. D. de reg. jur.

[36]) L. 19. D. de ritu nupt. L. 7. C. de dotis promiss.

C. de dotis promiss. — die dotis datio für Ausübung von Freigebigkeit erklärt. Die Gesetze, sagt diese Stelle, sind nicht unbekannt, worin verordnet ist, es sey die Pflicht des Vaters, dos oder donatio propter nuptias für seine Kinder zu bestellen. Dann heißt es weiter: *Liberalitas* itaque talis remaneat vera et irrevocabilis, ut puro nomine et liberalitas et debitum suam sequantur fortunam. In demselben Gesetz wird noch an mehreren anderen Stellen die constitutio dotis — eine *liberalitas* genannt. Eben so haben wir gesehen, daß die Brautgabe, namentlich, wenn sie von der Mutter herrührt, in der L. 31. C. de jure dotium für eine Schenkung erklärt wird. Endlich würde aus jenem Einwurf nichts weiter folgen, als daß die Gabe zum Brautschatz in einigen Fällen, nämlich in den angeführten, keine reine Schenkung sey, sondern eine solche, der eine Verbindlichkeit gegen dritte Personen zum Schenken vorhergeht, die aber deßhalb doch an sich selbst Schenkung ist, die eine s. g. donatio *necessaria* und *impropria* ist; zu der letzteren Klasse gehört sie schon überhaupt und schon in anderer Hinsicht, namentlich deßhalb, weil das Gegebene zurückgefordert werden kann [37]). So bleibt auch *donatio* propter nuptias — Schenkung, wiewohl sie zurückgefordert werden kann, und was ist sie anderes, als ein Gegendos (antipherna, contraria dos mariti)? —

Wenn nun das Geschäft, was mit dem Ehemann, dem eine Brautgabe gegeben wird, eingegangen wird, Schenkung ist und von den Gesetzen als Schenkung behandelt wird, dürfen wir uns dann noch wundern und bedarf es dann

---

[37]) L. 1. pr. D. de donat.

dann noch überhaupt eines Beweises, daß dem Manne an den zum Brautschatz gegebenen Sachen ein wahres und wirkliches, wenn gleich vorübergehendes, Eigenthum zusteht? — Er wird einstweilen Eigenthümer, etwa, wie derjenige, dem eine Sache von Todeswegen zum Geschenk hingegeben ist[38]) und bisweilen bleibt er es auch, gleichwie dieser. — In denjenigen Fällen nun, da er durch den Geber oder wer es sonst ist, nicht genöthigt werden kann, den Brautschatz zurückzugeben, gereicht es ihm zum Nutzen, im Fall ihm eine fremde Sache gegeben ist, wenn er das Eigenthum derselben, was er gleich zu Anfange nicht erwerben konnte, durch den Ablauf der Zeit erworben hat, und in Folge dessen, wie schon von selbst gegen den Geber, nun auch gegen den Dritten geschützt ist, indem er in Hinsicht auf diesen unter dem Schutz der Verjährung steht; ja auch in andern Fällen kann Verjährung insoferne für ihn von Nutzen seyn, als die Ehe noch nach der Vollendung der Verjährung fortdauert, überhaupt der Brautschatz noch nicht zurückzugeben ist.

[38]) L. 29. D. de mortis causa donat.

IV.

Steht dem redlichen Besitzer auf Vergütung seiner Verwendungen bloß eine Einrede, oder, unter gewissen Bedingungen, auch eine Klage zu?

(Während des Druckes.)

Hat Jemand ohne unseren Willen auf unsere Sache Ausgaben verwandt, so gibt es für ihn kein Mittel und für uns keine Verbindlichkeit, die uns nöthigen könnten, ihm den Aufwand zu vergüten, den er gemacht hat. Selbst, wenn dieser Aufwand nothwendig war, wenn dem Eigenthümer Ausgaben erspart wurden, die er zu machen genöthigt gewesen seyn würde, ist es bloß billig, daß jener Vergütung dafür empfängt. Wenn nun der Eigenthümer nicht einmal nothwendigen Aufwand zu ersetzen verbunden ist, so hat er noch viel weniger nöthig, bloß nützlichen Aufwand, wodurch die Sache verbessert ist, zu vergüten. Der Andere durfte ja überhaupt keine Veränderungen an der fremden Sache vornehmen; selbst, wenn es Verbesserungen waren, war es ihm nicht erlaubt, sie ohne Zustimmung des Eigenthümers zu machen und am allerwenigsten kann dem Eigenthümer zugemuthet werden, die Kosten zu vergüten, welche durch die widerrechtliche Handlung, wofür er Entschädigung fordern dürfte, wenn er dadurch beschädigt wäre, sie aber nicht zu geben nöthig hat, aufgewandt sind. Es kann zwar bisweilen derjenige, der die fremde Sache wie eine eigene

behandelte, Veränderungen daran vornahm und Ausgaben darauf verwandte, Entschuldigung verdienen, weil er glaubte und glauben durfte, sie gehöre ihm; allein widerrechtlich bleibt die Handlung auch dann, und wenigstens entsteht auch in diesem Fall keine Verbindlichkeit für den Eigenthümer, den Kostenaufwand zu vergüten. Eine Verbindlichkeit für uns kann überhaupt nur durch unseren Willen oder unsere Handlungen, nicht aber durch den Willen oder die Handlungen Anderer entstehen. Es kann nur billig seyn, daß wir dem Anderen den Aufwand vergüten, wovon der Nutzen, wenn auch ohne seine Absicht, an uns gelangt ist.

Allein, andere Grundsätze gibt die Natur der Sache an die Hand und andere stellt das römische Recht auf. Denn das römische Recht läßt nicht zu, daß der Richter in Sachen dieser Art bloß dem strengen Recht nachgehe, sondern er soll, nach gewissen ihm vorgeschriebenen Regeln, auf Billigkeit Rücksicht nehmen, und der Eigenthümer wird auch wider seinen Willen genöthigt, zu thun, was sonst nur von seiner Güte abhängen würde.

Wer auf eine fremde Sache Verwendungen gemacht hat, kann, nach römischem Recht, den Ersatz derselben nicht geradezu fordern, es sey denn, daß sie mit dem Willen des Eigenthümers gemacht sind und es also so angesehen werden kann, als wären sie in Auftrag desselben gemacht. Außerdem würde zur Begründung einer Forderung erforderlich seyn, daß die Verwendung, wenn auch ohne Auftrag, doch für den Anderen und in der Absicht geschehen sey, den Eigenthümer zum Ersatz zu verpflichten [1]), da denn der Ersatz in diesem Fall mit der actio negotio-

---

[1]) L. 14. §. 1. D. Com. div. L. 5. C. de rei vind.

rum gestorum contraria würde gefordert werden können, gleichwie er in jenem mit der actio mandati contraria gefordert werden kann. Auch das Contractsverhältniß, worin Jemand zu dem Anderen steht, kann hier in Betrachtung kommen. Indem es ihm die Pflicht auflegt, für die Erhaltung der Sache zu sorgen, berechtigt es ihn ohne Zweifel, den Aufwand, der zu diesem Zweck, zur Erhaltung oder Wiederherstellung der Sache, nöthig war, diese impensas necessarias, dem Anderen in Rechnung zu bringen, sie von ihm wiederzufordern und nöthigen Falls deshalb gegen ihn zu klagen [2]. Ja, es gibt wenigstens einzelne Fälle, in welchen es ihn sogar befugt machen kann, bloß nützlichen Aufwand ersetzt zu verlangen und Klage deshalb zu erheben [3]. Aber gesetzt, daß weder Auftrag, noch Geschäftsführung, noch irgend ein Contractsverhältniß, was nebenher Ausgaben zum Besten eines Anderen veranlaßt, in der Mitte liegen, daß ein dritter Besitzer auf die fremde Sache

---

[2]) L. 8. pr. D. de pign. act L. 25. pr. D. eod.

[3]) *L. 7. §. 16. D. soluto matrim.* Impendi autem fructuum percipiendorum causa, Pomponius ait, quod in arando, serendoque agro impensum est, quodque in tutelam aedificiorum, aegrumve servum curandum: scilicet si ex aedificio, vel servo fructus aliqui percipiebantur. Sed hae impensae non petentur, cum maritus fructum totum anni retinet: quia ex fructibus prius impensis satisfaciendum est. Plane si novam villam necessario exstruxit, vel veterem totam sine culpa sua collapsam restituerit, erit ejus impensae petitio: simili modo et si pastina instituit. Hae enim impensae aut in res necessarias, aut utiles, cedunt, pariuntque marito actionem. *L. 55. §. 1. D. Loc. Cond.* In conducto fundo si conductor sua opera aliquid necessario, vel utiliter auxerit, vel aedificaverit, vel instituerit, cum id non convenisset, ad recipienda ea quae impendit, ex conducto cum domino fundi experiri potest. Und

Kosten verwandt hat, wie auf eine eigene, als wäre sie es oder solle sie es seyn, dann fehlt es an einer zum Ersatz verpflichtenden Ursache, und es findet, beim Mangel eines vollkommenen Rechts, auf den Ersatz der Kosten keine Klage statt. Was jedoch das strenge Recht nicht thut, sucht minder vollkommen und auf einem Umwege die Billigkeit zu bewirken. Sie legt sich für gewisse Fälle ins Mittel, weil sie verhüten will, daß der klagende Eigenthümer sich nicht mit dem Schaden des Besitzers bereichere. Zu dem Ende gewährt sie dem Besitzer eine Einrede — die exceptio doli — die er dem klagenden Eigenthümer entgegensetzen und vermittelst derselben begehren kann, daß dieser ihm zuvor die Verwendungen vergüte und er, so lange dieß nicht geschehen ist, beim Besitz geschützt werde. Und zwar kann, der Regel nach, auf diesem Wege jeder Besitzer nothwendigen Aufwand, wodurch die Sache erhalten ist, der redliche außerdem auch den bloß nützlichen, wodurch die Sache besser und preiswürdiger geworden, als sie zuvor gewesen ist, ersetzt verlangen [4]).

Es scheint aber, als hätte das römische Recht, welches auf solche Art gegen den Eigenthümer, in Hinsicht auf den Ersatz der Verwendungen, einen mittelbaren Zwang zuläßt, nachdem es diesen ersten Schritt gethan, noch wohl einen zweiten machen können. Ich würde nichts dagegen haben,

---

da sich in dergleichen Fällen das Verhältniß zwischen beiden auf Geschäftsführung oder Auftrag zurückführen läßt, so würde, wie es scheint, der den Aufwand gemacht hat, zwischen den Klagen wählen können, die aus dem Contract — oder der Geschäftsführung, dem Auftrage entstehen.

[4]) L. 5. C. de rei vind. L. 27. §. 5. L. 28. L. 29. L. 30. L. 38. D. eod.

wenn der Besitzer gar keine Ansprüche auf Vergütung seiner Verwendungen machen dürfte, sondern sich an seinen Gewährsmann halten müßte. Da aber das römische Recht ihm nun einmal ein Mittel gewährt, wodurch er etwas, was allenfalls billig ist, bei Gericht erzwingen kann, da es ihm gegen den Eigenthümer zu diesem Ende eine Einrede gibt, warum dann nicht auch eine Klage? Wenn, wie hier vorausgesetzt wird, die Handlung des Besitzers zum Nutzen des Eigenthümers gereichte, ihm Ausgaben erspart wurden, die er hätte machen müssen, sein der Vortheil ist, wozu der Besitzer den Grund gelegt hat, was schadet es, wenn er auch nicht die Absicht gehabt hat, den Grund dazu zu legen? War es hier an der That nicht genug, wozu die Rücksicht auf bloße nicht geäußerte Gedanken? Der Eigenthümer soll sich nicht mit dem Schaden des Besitzers bereichern; das ist der Grund, weshalb das römische Recht billig findet, daß ihm Ersatz widerfährt. Bereichert der Eigenthümer sich weniger mit dem Schaden des Besitzers, weil dieser die Meinung gehegt hat, die Kosten für sich selbst aufzuwenden? Und ist es etwas Anderes als Billigkeit, was bei der negotiorum gestio den Eigenthümer gegen den Geschäftsführer zum Ersatz verpflichtet und so verpflichtet, daß er darauf verklagt werden kann [5])? Zwar läßt sich das römische

---

[5]) Wenn Jemand sich der Geschäfte eines Anderen annimmt, da dieser nicht in der Lage ist, das selbst besorgen zu können, was nöthig ist, so ist es freilich billig, daß der Andere, wenn es verlangt ist, vergütet, was für ihn aufgewandt ist; allein ich sehe nicht, worauf die Forderung einer Vergütung gegründet werden könnte. Er hat hier auf das Ungewisse Verwendungen gemacht und durfte keine sichere Rechnung auf Ersatz machen. Indem er für den Anderen thätig war und Ausgaben verwandte, mußte er sich selbst

Recht insoweit rechtfertigen, als der Eigenthümer nur unter der Bedingung zum Ersatz der Ausgaben genöthigt wird, als er die Sache wiederhaben will, worauf sie verwandt sind. Aber gesetzt, er hat sie zurückgefordert, soll dem Besitzer, der von seinem Recht, dem Eigenthümer die Sache bis zum Ersatz vorzuenthalten, keinen Gebrauch gemacht hat, gar keine Klage auf Ersatz zustehen? Soll der Eigenthümer nun den Gewinn machen, auf den er nach der Ansicht des römischen Rechts billiger Weise keinen Anspruch zu machen hat? Man wird sagen, das römische Recht habe hier in seinem System kein Mittel gefunden, wodurch ihm hätte geholfen werden können; es sey sich selbst getreu geblieben; denn auch der Geschäftsführer habe keine Ansprache auf Vergütung von Verwendungen, die er um seines eigenen Vortheils willen und nicht in der Absicht, den Eigenthümer zum Ersatz zu verpflichten, gemacht habe. Allein, das römische Recht hatte, wenn dieß überhaupt erforderlich

---

sagen, daß die Wiedererstattung von der Willkühr des Anderen abhängen würde. Er hat dem guten Willen des Anderen vertraut, und dem guten Willen des Anderen mußte die Erfüllung überlassen bleiben. Unpassend scheint es mir, daß hier Zwang angewandt wird. Dadurch geschieht ein offenbarer Eingriff in die Freiheit und das Rechtsgebiet, und indem der Prätor unter gewissen Einschränkungen, die besonders bei bloßer Billigkeit nicht einmal in Betrachtung kommen konnten, Unbilligkeit verhüten will, wird er ungerecht. Und wie kann man Jemanden überhaupt zwingen, sittlich zu handeln, und ihm dadurch selbst die Gelegenheit rauben, so zu handeln? Und nun vollends die Art, wie die negotiorum gestio im römischen Rechtssystem jetzt erscheint, weit ausgedehnt über das, was ursprünglich beabsichtigt zu seyn scheint, L. 2. D. de negotiis gestis, muß fast den Glauben erregen, als dürfe man sich vermittelst derselben nach Belieben zum Vormunde des Anderen aufwerfen.

seyn könnte, schon ein Mittel in Bereitschaft, wodurch der Besitzer, wenigstens zu einem Theil seiner Verwendungen, auf dem Wege der Klage, wieder gelangen konnte; es hat aber, wie es scheint, hier davon keinen Gebrauch gemacht und ist sich selbst ungetreu gewesen. Gegen diesen Tadel kann es nicht gerechtfertigt werden, wenn das, was die Ausleger lehren, wahr ist. Denn, gerade der Geschäftsführer, der in der Meinung, für sich selbst zu handeln, auf fremde Sachen Ausgaben verwandt hat, dieser hat, nach dem Ausspruch des Julianus, ein Recht auf Vergütung seiner Verwendungen und eine Klage, soweit der Eigenthümer dadurch bereichert ist, und der Besitzer, wenn er gerade nur dieß und nichts weiter begehrt, soll sie nicht haben [6])? Zwar hat unter den Glossographen Martinus sie ihm auch wirklich beigelegt, dem Goddäus gefolgt ist, und seine Meinung soll, wie Vinnius unter Beziehung auf Molinäus, Grönewegen u. s. w. bemerkt, bei Gericht vorherrschen [7]); allein die Theorie hat sich standhaft dagegen erklärt, und die Ausleger haben sich nach anderen Klagen umgesehen, wodurch dem Besitzer geholfen werden könnte. Bald sollte es eine actio in factum,

---

[6]) *L.* 6. §. 3. *D. de negotiis gestis.* Sed et si quis negotia mea gessit, non mei contemplatione, sed sui lucri causa, Labeo scripsit, suum eum potius, quam meum negotium gessisse: qui enim depraedandi causa accedit, suo lucro, non meo commodo studet. Sed nihilominus, immo magis, et is tenebitur negotiorum gestorum actione. — Ipse tamen si circa res meas aliquid impenderit, non in id quod ei abest, quia improbe ad negotia mea accessit: sed in quod ego locupletior factus sum, habet contra me actionem.

[7]) *Vinn.* sel. quaest. lib. 1. cap. 24.

bald eine condictio indebiti, auch wohl incerti u. s. w. seyn. Allein diese Dinge scheinen mir fast zu geringe zu seyn, als daß ich mich dabei aufhalten sollte. Die verschiedenen Meinungen der Rechtsgelehrten, die leicht zu widerlegen sind, aufzuführen und den Gründen dafür andere und stärkere dagegen gegenüber zu stellen, diese Mühe hat ohnehin schon Vinnius auf sich genommen. Er selbst spricht dem Besitzer jede Klage und namentlich auch diejenige, in Ansehung deren es überhaupt nur zweifelhaft seyn kann, die actio negotiorum gestorum utilis, wiewohl, was diese letztere betrifft, aus Gründen ab, die wenigstens nicht die meinigen sind. Denn, vermöge jener Stelle des Julianus, würde dem Besitzer, außer dem Zurückbehaltungsrecht, auch eine Klage eingeräumt werden müssen, da ja Julianus ausdrücklich lehrt, daß derjenige, welcher nicht um meinetwillen, sondern nur, um seinen eigenen Nutzen zu befördern, Ausgaben verwandt hat, die, ihrer Wirkung nach, zu meinem Nutzen gereichen, zwar nicht den Ersatz dessen, was er ausgegeben, fordern könne, ihm aber doch immer eine Klage gegen mich auf so viel zustehe, als ich durch seine Verwendungen mich bereichert finde. Vermöge dieser Stelle des Julianus soll ich also dem Anderen, der in der Meinung, sich zu nützen, mir genützt hat, ersetzen, nicht was ihm fehlt, sondern, was ich von ihm in Händen habe, was von seiner Seite zu mir herübergekommen ist. Gerade dieß verlangt auch der redliche Besitzer, der dem vindicirenden Eigenthümer seine Sache zurückgegeben hat, wenn er nützliche Verwendungen gemacht hat, und also würde auch ihm diese Klage wegen seiner nützlichen Verwendungen und wegen der nothwendigen würde sie jedem Besitzer, zwar nicht auf vollen Ersatz dessen, was er

ausgegeben, wie er ihn vermöge des Retentionsrechts fordern kann, doch immer insoweit beigelegt werden müssen, als dieser nothwendige Aufwand zugleich auch nützlich und der Vortheil davon noch jetzt vorhanden ist. Allein, was hier entgegenzustehen scheint, sind die Gesetze, welche, indem sie vom Recht des Besitzers, der die Sache dem Eigenthümer zurückzugeben genöthigt wird, für seine Verwendungen Vergütung zu begehren, insonderheit handeln, nicht nur von einem Klagerecht schweigen, sondern sich solcher Ausdrücke bedienen, die damit nicht vereinbarlich zu seyn scheinen. In allen den vielen Stellen, die bloß diesem Gegenstande gewidmet sind, ist mit keiner Sylbe die Rede davon, daß der Besitzer auch nur in einer beschränkten Art klagen könne; vielmehr wird ihm ein Forderungsrecht ausdrücklich versagt — abgesehen von einer Stelle, worin das Wort: *Repetitio* in einem uneigentlichen Sinn gebraucht wird [8]) — es wird ausdrücklich bemerkt, daß ihm, seiner Verwendungen wegen, keine Klage zustehe, daß er eine dieserhalb zu machende Forderung nur auf dem Wege einer Einrede, der exceptio doli, geltend machen könne [9]). Insonderheit bemerkt gerade wieder Julianus, daß dem redlichen Besitzer, welcher die Sache aus den Händen gegeben, ohne für seine Verwendungen Vergütung zu erhalten,

---

[8]) L. 5. C. de rei vind. *Vinn.* sel. quaest. c. l. verbis: *Obstare videtur.*

[9]) L. 27. §. 5. D. de rei vind. L. 37. L. 38. D. eod. L. 48. D. h. t. *L.* 14. *D. de doli mali et metus exc.* Paulus respondit, eum, qui in alieno solo aedificium exstruxerit, non alias sumptus consequi posse, quam possideat, et ab eo dominus soli rem vindicet: scilicet opposita doli mali exceptione.

nicht die condictio indebiti zustehe, und setzt hinzu, daß er auf keine andere Art, als durch Ausübung des Zurückbehaltungsrechts, zum Ersatz derselben gelangen könne [10]).

Aber, wie, dieß hat Julianus gelehrt, derselbe Rechtsgelehrte, der bei der negotiorum gestio ganz andere Grundsätze aufstellte? Freilich, wenn ich die Stelle näher betrachte, spricht sie bloß von einem Fall, wo der Besitzer Stützen unter ein baufälliges Gebäude gebracht hatte, wo also von nothwendigen Ausgaben die Rede war, von denen man wohl gerade nicht sagen konnte, daß der Eigenthümer dadurch reicher geworden sey. Von anderen, da nützlicher Aufwand gemacht und der Nutzen noch jetzt vorhanden ist, schweigt sie. Dieß ist doch auffallend. Sollten etwa die anderen Stellen, wenn wir sie noch einmal betrachten, vielleicht eine andere Auslegung zulassen? — Da geht mir ein Licht auf; ja, jetzt sehe ich es klar, der Besitzer hat eine Klage; es wird über diesen Punkt zwischen den verschiedenen Theilen des römischen Rechts die Uebereinstimmung nicht vermißt, die Anfangs zu fehlen schien. Man muß nur die Stellen genau betrachten und dabei Zweierlei wohl unterscheiden:

---

[10]) *L. 33. D. de cond. indebiti.* Si in area tua aedificassem et tu aedes possideres, condictio locum non habebit: quia nullum negotium inter nos contraheretur. Nam is, qui non debitam pecuniam solverit, hoc ipso aliquid negotii gerit. Cum autem aedificium in area sua ab alio positum dominus occupat, nullum negotium contrahit. — Sed et si is, qui in aliena area aedificasset, ipse possessionem tradidisset, condictionem non habebit, quia nihil accipientis faceret, sed suam rem dominus habere incipiat. Et ideo constat, si quis cum existimaret se heredem esse, insulam hereditariam fulsisset, nullo alio modo, quam per retentionem impensas servare posse.

1) die Ausgaben, die der Besitzer auf die fremde Sache verwandt hat;

2) den Nutzen, der durch die Verwendungen hervorgebracht ist, so weit er noch vorhanden ist. Diesen kann er, nach jener Stelle des Julianus, fordern und die Gesetze dieser Materie sprechen ihm diesen nirgends ab. Nur die Kosten, die er ausgegeben, die kann er nicht fordern, derentwegen steht ihm keine Klage zu; die kann er auf keine andere Art wiedererhalten, als wenn er die Sache dem Eigenthümer bis zum Ersatz vorenthält, ihm, wenn er klagt, die exceptio doli entgegengesetzt. Wie mit den Ausgaben, so verhält es sich nicht mit demjenigen, was durch sie an der Sache zum Nutzen des Eigenthümers hervorgebracht und noch vorhanden ist. Hier kann er den Werth desselben, so weit er jedoch die Ausgaben nicht übersteigt, also nicht wie im vorigen Fall, Ersatz dessen, was er an Kosten ausgegeben, sondern den Preis eines, wenn auch unsichtbaren, Objects, welches er dem Eigenthümer zu überlassen genöthigt ist, und wobei das Gesetz ein Maximum festgesetzt hat, welches nicht überschritten werden darf, fordern, damit derjenige nicht gewinne, welcher nur keinen Schaden leiden, oder vielmehr, auf dessen Kosten sich nur ein Anderer nicht bereichern soll, — fordern und deshalb klagen, und zwar, nach der Lehre des Julianus, mit einer actio negotiorum gestorum contraria. Zwar kann er auch durch Vorenthalten nichts weiter bewirken, als daß ihm die nützlichen Ausgaben so weit ersetzt werden, als die Sache dadurch im Preise gestiegen ist; allein dieß schadet nicht; die Stellen, welche sagen, daß dem Besitzer auf keine andere Art geholfen werden könne, als durch Retention und exceptio doli, reden

doch nur von *sumtibus* und *impensis*, die er auf keine andere Art fordern könne. So bemerkt Papinian in der *L.* 48. *D. de rei vind.*:

> *Sumtus* in praedium, quod alienum esse apparuit, a bonae fidei possessore facti, neque ab eo, qui praedium donavit, neque a domino *peti* possunt: verum exceptione doli opposita, per officium judicis, aequitatis ratione servantur: etc.

Eben dieß lehrt Paulus *L.* 14. *D. de doli mali et metus exc.*:

> *Paulus* respondit, eum, qui in alieno solo aedificium exstruxerit, non alias *sumtus* consequi posse, quam possideat et ab eo dominus soli rem vindicet: scilicet opposita doli mali exceptione.

Besonders kommt aber jene Stelle des Julianus, mit dem wir es hier hauptsächlich zu thun haben, in Betrachtung, und zumal sind es die Schlußworte, die unsere ganze Aufmerksamkeit verdienen:

> Et ideo constat, si quis, cum existimaret, se heredem esse, insulam hereditariam fulsisset, nullo alio modo, quam per retentionem *impensas* servare posse.

Diese Stelle schien dem Besitzer am entschiedensten im Wege zu stehen. Aber, näher betrachtet und mit anderen verglichen, mußte gerade sie dazu dienen, auf ein dem Besitzer vortheilhaftes Resultat und uns auf den rechten Weg zu führen. Nur seine *impensas* kann der Besitzer in Fällen, wo der Eigenthümer nicht bereichert ist, auf keine andere Art (auch nur zum Theil) retten.

Dadurch nun, daß dem Besitzer ein Recht abgesprochen wird, seine Ausgaben wiederzufordern und deshalb zu klagen, ist ihm noch gar nicht die Befugniß abgesprochen, für den höheren Werth, den die Sache durch seine Verwendungen erlangt hat, so weit dieser noch jetzt vorhanden ist, Vergütung zu fordern; vielmehr, während ihm wegen seiner Ausgaben ein bloßes Retentionsrecht beigelegt ist, steht ihm wegen des höheren Werths eine Klage zu, wenn auch das Recht des Besitzers, auf dem Wege der Einrede Vergütung zu erzwingen, in Hinsicht auf nützliche Verwendungen gewissen Beschränkungen unterliegt, die es dem Recht, für den höheren Werth Vergütung zu begehren und diese Forderung auch durch eine Klage zu verfolgen, sehr ähnlich macht. Tritt er als Kläger bei Gericht auf, so kann er nicht sagen, ich habe so und so viel auf die Sache verwandt und fordere es zurück; er kann aber sagen, die Sache ist durch mich und die Kosten, die ich darauf verwandt, verbessert, und ich fordere den Preis dafür. Hingegen, wenn er verklagt wird, kann er sagen, ich habe so und so viel auf die Sache verwandt und ehe ich die Sache herausgebe, verlange ich, daß es mir ersetzt wird; wobei es sodann die Sache des Klägers ist, in Hinsicht auf das Maß dieser Verwendungen und wie weit sie ihm in diesem Fall zur Last fallen können, Einwendungen zu machen, so wie es zum Amt des Richters gehört, nach seinem Ermessen und mit Berücksichtigung aller Umstände, über die Größe des zu machenden Ersatzes die Bestimmung zu erlassen. Unter diesen Umständen würde in einer Sphäre, wie diejenige des römischen Rechts ist, selbst eine völlige Gleichheit beider Rechte schwerlich in Betrachtung kommen.

Gleich

Gleich oder ungleich, erscheinen sie bei Gericht jedesmal in einer ganz verschiedenen Gestalt.

Es ist selbst die Frage, ob nicht sogar dem unredlichen Besitzer das Recht beigelegt werden müsse, was Julianus dem gestor beilegt, der ein fremdes Geschäft aus Eigennutz verrichtet hat, nämlich zu fordern, um wie viel der Eigenthümer durch ihn bereichert sich befindet. Auch ihm sind doch nur, außer den necessariis, *impensae* abgesprochen; er soll nicht wiederfordern dürfen, was er, obgleich zum Nutzen des Eigenthümers, verwandt hat, selbst nicht einmal auf dem Wege einer Einrede. Soll er deshalb nicht klagen dürfen *in quod* (dominus) *locupletior factus est?* Dieß Recht legt Julianus demjenigen bei, *qui improbe ad negotia mea accessit*, demselben, von dem er kurz zuvor gesagt hatte, *depraedandi causa accedit*, und dem unredlichen Besitzer soll dieß Recht abgesprochen werden? Würde es hier nicht, wenn diese Meinung gegründet wäre, der Gesetzgebung an Zusammenhang und Uebereinstimmung fehlen? Der unredliche Besitzer soll zwar nicht der Wohlthat theilhaft werden, die dem redlichen zu Gute kommt, vermittelst einer Einrede Ausgaben zurückfordern zu dürfen, die er zum Nutzen des Eigenthümers verwandt hat, er soll aber doch nicht gerade bestraft werden, wenigstens nicht auf diese Art, noch der Eigenthümer sich mit fremdem Gut bereichern dürfen. Es scheint, daß in dieser Hinsicht zwischen beiden Besitzern kein Unterschied sey, da es in beiden Fällen nur darauf ankommt, daß der Eigenthümer keinen ungebührlichen Gewinn machen soll. Dieß zu verhüten, muß er herausgeben, was er von dem Anderen in Händen hat — oder ein Aequivalent dafür. Das Begehren des Anderen ist auf das Letztere, auf den

P

Werth dessen gerichtet, was durch ihn, auf seine Kosten, hervorgebracht, bei dem Eigenthümer sich befindet und das Vermögen desselben vermehrt. In den Fällen, in welchen der Eigenthümer bei der Vindication dazu berechtigt ist, würde er aber auch hier von der Forderung des Klägers sich dadurch frei machen können, daß er ihm erlaubte, das Product seiner Verwendungen, so weit es geschehen kann, hinwegzunehmen.

V.

Vom Ersatz der Verwendungen, den der dritte Besitzer fordern darf, wenn der Pfandgläubiger ihm die verpfändete Sache abfordert.

(Während des Drucks.)

Nun entsteht eine andere Frage. Kann auch der dritte Besitzer der verpfändeten Sache, der mit der hypothecarischen Klage belangt wird, auf dieselbe Art und unter denselben Bedingungen und Einschränkungen, wie ein dritter Besitzer, der vom Eigenthümer mit der Vindication belangt wird, durch Vorenthaltung der Sache bewirken, daß ihm der Kläger die Verwendungen, die er auf die Sache gemacht hat, zuvor vergüten muß? Die Ausleger scheinen geneigt zu seyn, diese Frage zu bejahen.[1])

Allein, die Sache ist keinesweges so ausgemacht, wie

[1]) So bemerkt Bachov de pign. lib. 3. pag. 18. nr. 2. Ratio videtur suadere, meo quidem judicio, ut quae exceptio domino vindicanti rem suam jure dominii objici potest, eodem et creditori vindicanti rem jure pignoris et magis objici possit. Et constat, quod utique, qui possidet rem bona fide, omnino impensas necessarias, quin et utiles posita exceptione doli deducere possit, nec restituere rem nisi deductis impensis teneatur.

die Ausleger zu glauben scheinen; es lassen sich zwar erhebliche Gründe dafür, aber auch einige nicht ganz unerhebliche dagegen anführen.

Wenn wir zuvörderst die Natur der Sache in Betrachtung ziehen, so kann man für den Besitzer etwa folgende Gründe in die Schale legen. In Hinsicht auf den Besitzer ist es einerlei, wer ihm die Sache abfordert, und wenn es die Meinung des römischen Rechts war, bloß für diesen zu sorgen, so muß auch der Pfandgläubiger die Kosten vergüten, die der Besitzer auf das Pfand verwandt hat. Diese Kosten fallen am Ende doch dem Eigenthümer zur Last, mag der Besitzer, wenn er die Sache herausgeben muß, sie ihm unmittelbar oder statt seiner dem Pfandgläubiger herauszugeben genöthigt werden. Sie sind auf die Sache verwandt; so kommen sie jedem folgenden Besitzer und namentlich auch dem Pfandgläubiger zu Gute. Waren sie nothwendig, so hat er nicht nur dem Eigenthümer, sondern zugleich auch ihm das Object seines Rechts erhalten; waren sie nützlich, ist die Sache dadurch besser geworden und im Preise gestiegen, so wird er dadurch in den Stand gesetzt, sie höher auszubringen. Er hat folglich die Aussicht, was er der Verwendungen wegen ausgibt oder vielmehr nur verlegt, schon von dem Käufer wieder zu erhalten, und sollte diese Aussicht ja fehlschlagen und der Kaufpreis zu seiner völligen Befriedigung nicht ausreichen, wird ihm der Verpfänder für das Fehlende aufkommen müssen. Und da die actio hypothecaria eine der Vindication ähnliche Klage ist, wie sollten in Hinsicht auf den Ersatz der Verwendungen bei dieser Grundsätze statt finden, die nicht auch auf jene anwendbar wären? Auf der anderen Seite lassen sich doch auch gegen den Besitzer einige Gründe aufstellen,

die von einigem Gewicht sind. In einer Materie, wie die gegenwärtige, wobei es auf Billigkeit ankommt, kommt nicht bloß in Betrachtung, wer die Vergütung fordert, sondern auch, wer sie zu leisten hat und besonders werden die jedesmaligen Umstände in Betrachtung gezogen, unter denen sich beide befinden; hier verlieren die Schlüsse von dem Einen auf das Andere die Sicherheit, die sie sonst haben würden. Die Umstände müßten, wenigstens, wenn man es genau nehmen will, ganz dieselben seyn, wenn sie ein solches Schließen völlig rechtfertigen sollten; so aber sind sie, bei aller Aehnlichkeit, doch immer einigermaßen verschieden. In dem einen Fall soll der Eigenthümer vergüten, was auf *seine* Sache verwandt ist, in dem anderen wird dem Gläubiger zugemuthet, Verwendungen zu vergüten, die auf eine *fremde* gemacht sind; auf solche Art zwingt man ihn, wenn er die Sache nicht fahren lassen will, die ihm doch zu seiner Sicherheit angewiesen ist, noch einen zweiten Vorschuß zu machen, bloß, um den ersten wieder zu erhalten [2]). Und wenn es die Meinung des römischen Rechts gewesen wäre,

---

[2]) Es könnte selbst noch daran gezweifelt werden, ob der Pfandgläubiger einmal die Befugniß habe, dem Besitzer die Verwendungen zu vergüten. Im Ersatz dieser Kosten liegt eine Art von Willkühr, die sich zwar der Eigenthümer erlauben darf, aber darf dieß auf seine Kosten auch der Pfandgläubiger? Zwar im Allgemeinen müßte der Eigenthümer es sich wohl gefallen lassen, wenn der Gläubiger dem Besitzer die Verwendungen vergütete, weil er ohnedieß nicht zum Besitz der verpfändeten Sache gelangen konnte, worauf doch der Gläubiger ihm das Recht einmal eingeräumt hat; aber darf er zum Besitzer sagen, ich will die Verwendungen vergüten, Du sollst sie nicht wegnehmen, oder umgekehrt? Wenigstens in dieser Hinsicht müßte der Schuldner zuvor gefragt werden.

dem Besitzer auf dieselbe Art gegen den Pfandgläubiger Ansprüche auf Vergütung der Verwendungen zuzugestehen, wie gegen den Eigenthümer, woher dieses Schweigen im Pfandrecht über eine Materie, die im Eigenthum keinesweges in den Schatten gestellt ist?

Zwar, so ganz schweigen die römischen Gesetze auch im Pfandrecht über die Verwendungen nicht, die der dritte Besitzer auf die Sache gemacht hat. Es gibt eine Stelle des Paulus, worin ihrer gelegentlich gedacht und daß sie dem Besitzer vergütet werden müssen, bemerkt wird [3]). Dagegen findet sich im Titel der *II.* de damno infecto eine Stelle des Africanus, die das Gegentheil enthält [4]). Unter diesen Umständen sind die Ausleger um einen Ausweg in Verlegenheit, doch scheinen sie geneigt zu seyn, der Lehre des Paulus vor derjenigen des Africanus den Vorzug ein-

---

[3]) *L.* 29. §. 2. *D. de pign.* Domus pignori data exusta est, eamque aream emit Lucius Titius et exstruxit: quaesitum est de jure pignoris? *Paulus* respondit, pignoris persecutionem perseverare, et ideo jus soli superficiem secutam videri, id est cum jure pignoris: sed bona fide possessores non aliter cogendos creditoribus aedificium restituere, quam sumptus in exstructione erogatos, quatenus pretiosior res facta est, reciperent.

[4]) *L.* 44. §. 1. *D. de damno infecto.* Damni infecti nomine in possessionem missus possidendo dominium cepit. Deinde creditor eas aedes pignori sibi obligatas persequi vult. Non sine ratione dicetur, nisi impensas, quas in refectionem fecerim, mihi praestare sit paratus, inhibendam adversus me persecutionem. Cur ergo non emptori quoque id tribuendum est, si forte quis insulam pignoratam emerit, non recte haec inter se comparabantur, quando is, qui emit, sua voluntate negotium gerat: ideoque diligentius a venditore sibi cavere et possit, et debeat: quod non aeque et de eo, cui damni infecti non promittatur, dici potest.

zuräumen. Nach **Westphal**[5]) redet **Paulus** von Aufführung eines neuen Gebäudes und **Africanus** von einer bloßen Ausbesserung, und auf solche Art sey der Widerspruch am besten zu heben. Der von **Africanus** angeführte Grund, warum der Käufer gegen den klagenden Gläubiger keine Ansprache auf Vergütung zu machen habe, weil er im Stande gewesen, sich wegen der Gewährsleistung vorzusehen, sey sehr mittelmäßig und seine Meinung überhaupt durchaus verwerflich. Also **Westphal**. Ich habe diesen Schriftsteller immer als einen kenntnißreichen Mann von gesundem Urtheil, als einen überaus tüchtigen Rechtsgelehrten erfunden, der sich, ohne daß man es erkannt hat, eine tiefere Kenntniß des römischen Rechts und größere Verdienste um unsere Wissenschaft erworben hat, als irgend einer unter einem Volke, was gar nicht verdient, gute Schriftsteller zu haben, da es sie ja doch nicht zu schätzen weiß; aber hier, in diesem ungerechten Tadel des **Africanus**, den ich schon zum zweiten Mal gegen ihn in Schutz zu nehmen genöthigt bin, hier erkenne ich ihn nicht. Nach meinem Ermessen begreift das *Reficere* Beides, das Wiederaufführen eines Gebäudes und die bloße Ausbesserung eines solchen; wenigstens würde, wie auch **Westphal** selbst annimmt, kein Grund vorhanden seyn, zwischen beiden Fällen zu unterscheiden. Eben daher ist aber auch anzunehmen, daß, wenn **Africanus** bloß von Ausbesserung eines Gebäudes geredet hat, nach seiner Meinung von der Wiederaufführung eines Gebäudes dasselbe gelten würde, wie denn auch der von ihm angeführte Grund, der Käufer habe sich wegen der Gewährsleistung vorsehen können, auf beide mit gleicher Stärke anwendbar ist.

---

[5]) im Pfandrecht §. 134.

Nachdenken über die Natur der Sache führte mich hier auf einen Unterschied, welcher allein geeignet ist, uns auf den rechten Weg zu bringen. Man muß nämlich, wenn die aufgeworfene Frage richtig beantwortet werden soll, nach meinem Ermessen, vor allen Dingen also unterscheiden:

1) Der Pfandgläubiger fordert von dem dritten Besitzer eine Sache ab, die dieser unter Umständen besitzt, daß der Pfandschuldner berechtigt ist, sie mit der Eigenthumsklage von ihm abzufordern; in diesem Fall würde der Besitzer seine Verwendungen auf eben die Art in Rechnung bringen und auf eben die Art Vergütung dafür fordern können, wie wenn der Eigenthümer selbst sie ihm abgefordert hätte. Es ist zwar immer noch zweifelhaft; indessen spricht dafür besonders der Umstand, daß, wenn man das Gegentheil annimmt, dem Besitzer das beneficium, was das Gesetz ihm einmal beigelegt hat, per indirectum entzogen werden könnte und zwar durch Handlungen desselben Eigenthümers, gegen welchen das Gesetz ihm dieses beneficium ertheilt hat. Dieser Grund und vielleicht auch die übrigen, deren ich oben erwähnt habe und die nach der Seite des Besitzers hin eine Neigung und Uebergewicht zu haben scheinen, können den Rechtssatz nur allein aufrecht erhalten; eine Bestätigung durch Stellen des römischen Rechts kann nicht gegeben werden; es muß hier genug seyn, daß im römischen Recht nicht das Gegentheil verordnet ist. Denn die Stelle des P a u l u s, die man für, und eben so die Stelle des A f r i c a n u s, die man gegen den Besitzer anzuführen pflegt, haben auf diesen ersten Fall nicht die geringste Beziehung.

2) Der Pfandgläubiger fordert die Sache von dem dritten Besitzer ab, die der Eigenthümer, n a c h d e m er die

S a c h e

Sache verpfändet hatte, an ihn veräußert hat und folglich nicht als die seinige von ihm abfordern kann. In diesem Fall ist der Gläubiger auf keine Art zu nöthigen, dem Besitzer die Verwendungen zu vergüten, weil die Veräußerung des Pfandes, die der Schuldner nach geschehener Verpfändung vorgenommen hat, sein einmal erworbenes Recht zu beeinträchtigen, seine Lage in eine minder vortheilhafte zu verändern, nicht geschickt ist. Vielmehr diese Handlung des Schuldners darf dem Gläubiger nicht schaden; sie darf ihm auf keine Art nachtheilig seyn. Dem Eigenthümer war es gar nicht erlaubt, zum Nachtheil dritter Personen und namentlich des Pfandgläubigers, Anderen Rechte auf seine Sache einzuräumen [6]). Und mit diesem Grundsatz des Rechts und der Gerechtigkeit stimmt es nun völlig überein, was Africanus lehrt und als eine ausgemachte Wahrheit vorträgt, woran gar kein Zweifel stattfinden könne, daß nämlich der Besitzer für seine Verwendungen, selbst für nothwendige — von diesen spricht Africanus — wie viel weniger denn für nützliche, von dem Pfandgläubiger keine Vergütung fordern könne, sondern sich deshalb an seinen Gewährsmann halten müsse. Dieß ist in der That sehr richtig und sehr gut und Africanus verdient deshalb keinen Tadel, sondern vielmehr alles Lob. Ist es dem Gläubiger nicht etwa nachtheilig, wenn man ihn zwingen will, neue Ausgaben zu machen, die ihm vielleicht sehr ungelegen kommen und von denen es doch gar so ausgemacht nicht ist, daß er sie auf die eine oder andere Art wieder erhalten wird, und durfte der Schuldner sich erlauben, nach geschehener Verpfändung den Gläubiger in diesen Nachtheil zu

---

[6]) L. 15. C. de pign.

versetzen und ihm die Geltendmachung seines Rechts zu erschweren? Soll die Linie des Rechts genau beobachtet und, wie es sich gebührt, nicht um ein Haar breit, so weit es zu vermeiden möglich ist, überschritten werden, so muß die Veräußerung in Hinsicht auf den Gläubiger als nicht geschehen betrachtet werden, und die verpfändete Sache muß bloß den Ort verändert haben, von wo der Gläubiger sie wegnehmen darf.

Zwar scheint nun die Stelle des Paulus wiederum das Gegentheil von dem, was Africanus lehrt, zu enthalten. Denn, auch Paulus spricht von einem Fall, da der dritte Besitzer das bereits verpfändete Object, nämlich die verpfändete Erdfläche, erkauft und, da das verpfändete Haus durch Brand zerstört war, über ihr ein neues aufgeführt hat, was nun, durch die Erdfläche vom Pfandrecht ergriffen, verpfändet und dem Gläubiger gegen Ersatz der auf den Bau verwandten Kosten auszuliefern ist. Da diejenigen Kosten, die auf die Wiederherstellung eines Objectes verwandt wurden, denjenigen an die Seite gesetzt werden können, die auf die Erhaltung desselben verwandt sind, so treffen beide, Paulus und Africanus, auch darin zusammen, daß beide von nothwendigen Kosten reden. Da nun der Eine, nämlich Africanus, den Ersatz dieser Kosten dem Besitzer ohne allen Unterschied abspricht, der Andere, Paulus, aber dem redlichen ihrentwegen ein Recht einräumt, die Sache dem Gläubiger vorzuenthalten, bis sie ihm vergütet sind, so scheinen beide einander zu widersprechen. Allein, sollten auch beide verschiedene Ansichten gehegt haben, ein Widerspruch ist hier doch nicht anzunehmen und noch viel weniger die Meinung des Paulus der besser begründeten des Africanus vorzuziehen, sondern, da

Paulus einen mehr speciellen Fall entscheidet, wenn nämlich der Gläubiger, zugleich mit dem Haupt-Object, das Pfandrecht daran, welches erloschen war, wieder hergestellt hat, ein Fall, bei welchem die Billigkeit der Forderung des Ersatzes ganz besonders hervortritt, so würde nach dem Grundsatz: *Species derogat generi*, die Stelle des Africanus als die Regel zu betrachten seyn und die Stelle des Paulus als die Ausnahme oder Einschränkung der Regel. Selbst, wenn beide Stellen einander geradezu entgegengesetzt wären und folglich einander aufhöben, würde das, was Africanus lehrt, gültig seyn, nicht weil Africanus dem Paulus vorgezogen zu werden verdiente, — so sehr er es verdient, kommt dieses hier nicht in Betrachtung, — sondern weil das, was Africanus lehrt, allgemeinen Grundsätzen des römischen Rechts und der Gerechtigkeit angemessen ist und wir es auch ohne ihn für Recht erkennen müßten.

In der vorigen Abhandlung ward gelehrt, es könne der Besitzer wegen seiner Verwendungen sich nicht bloß einer Einrede bedienen, sondern auch klagen; er könne nämlich dem Eigenthümer so viel durch eine Klage abfordern, als dieser sich durch ihn bereichert befindet. Hat dieß Recht der Besitzer auch gegen den Pfandgläubiger? Nein, sondern gegen den Eigenthümer.



Berlin, gedruckt bei A. W. Hayn.

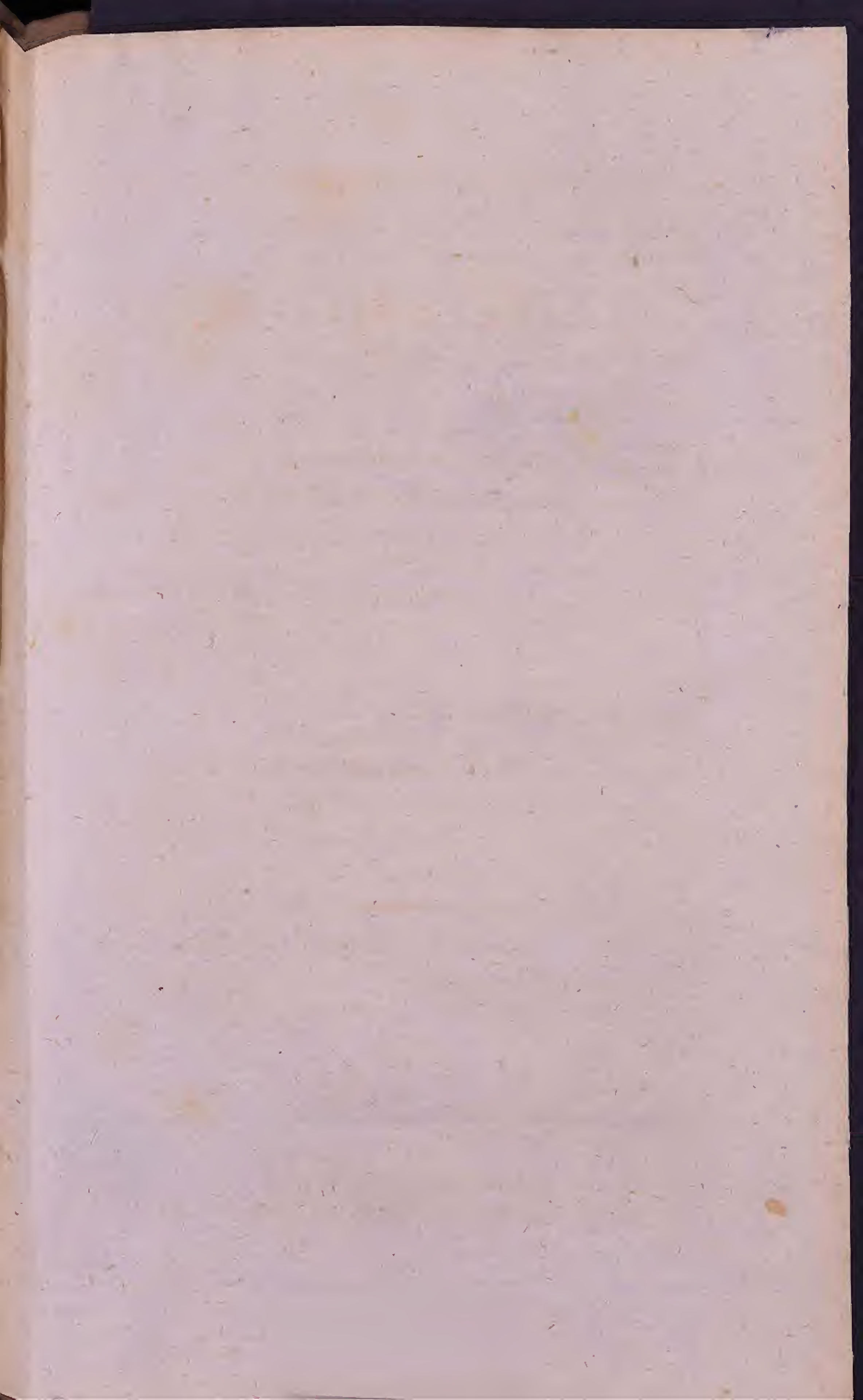
Verbesserungen.

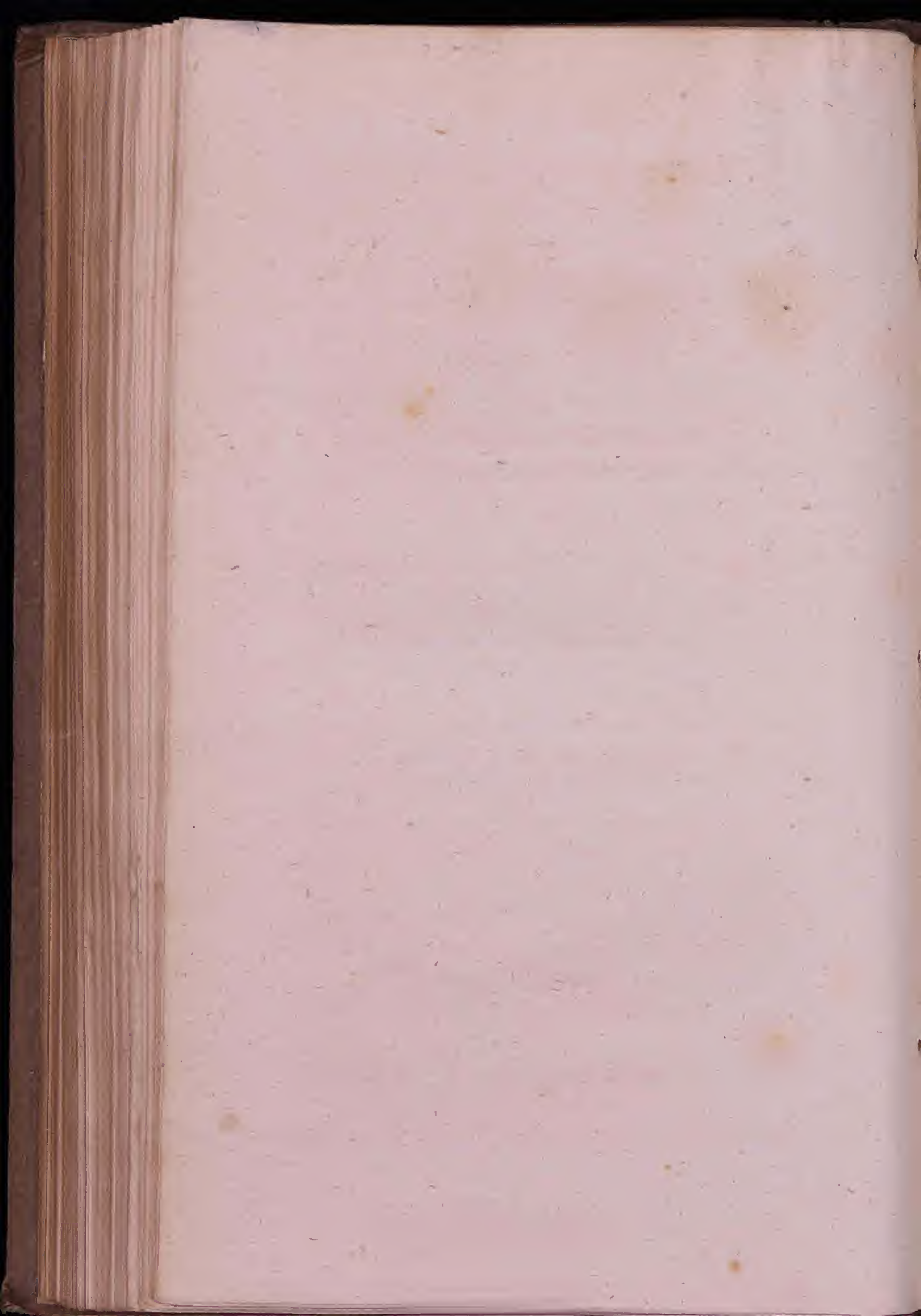
I. Im zweiten Theil.

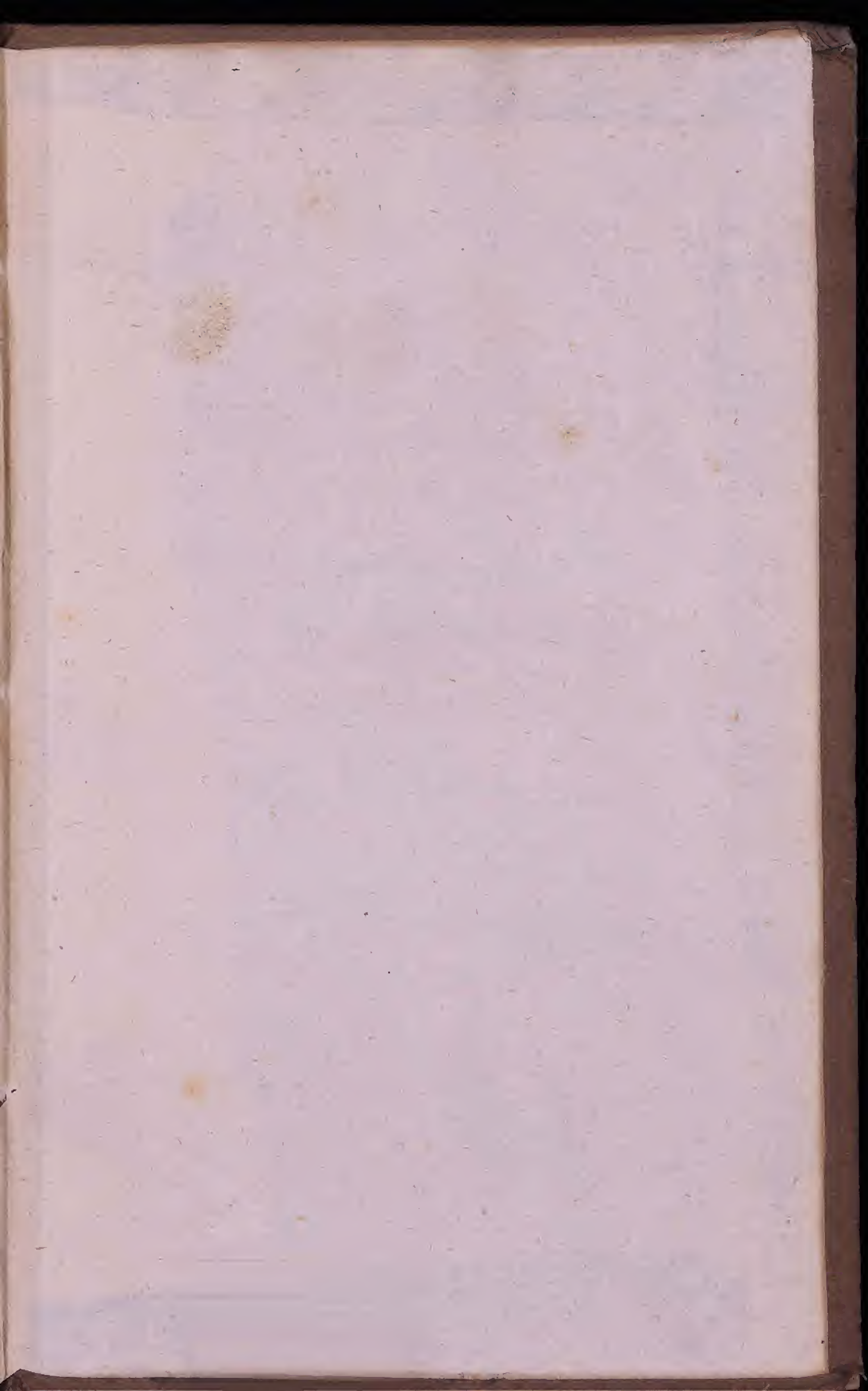
Seite 410 Zeile 10 von oben statt Wichtig lies Richtig.

II. Im dritten Theil.

— 15, Note 18, Zeile 4 von unten, statt cetsatum lies *cessatum*.
— 188 Zeile 5 von oben statt maches l. manches.
— 218 — 11 von unten statt wollen l. vollen.
— 238 — 12 von oben statt Contrats l. Contracts.
— 420 in der Note Zeile 1 von unten statt hergenommen l. hergenommene.
— 437 Zeile 3 von oben statt dieses l. diesen.
— 441 — 10 von oben statt apochris l. *apochis*.
— 448 — 11 von oben statt ein ens l. kein *ens*.







Gatterdam

Nachforsch

IV. 2.